

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

LAS ARRAS EN LA CONTRATACIÓN

Discurso y Trabajo de Incorporación

Enrique Urdaneta Fontiveros

3

Serie Discursos

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

LAS ARRAS EN LA CONTRATACIÓN

DISCURSO Y TRABAJO DE INCORPORACIÓN DE

ENRIQUE URDANETA FONTIVEROS

A LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

DISCURSO DE CONTESTACIÓN DEL ACADÉMICO

DOCTOR ENRIQUE LAGRANGE

ACTO CELEBRADO EL DÍA 1 DE DICIEMBRE DE 2010
CARACAS, VENEZUELA

U3
Urdaneta Fontiveros, Enrique
Las arras en la contratación: discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
El día 1 de diciembre de 2010 / Enrique Urdaneta Fontiveros,
-- Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2011.
Incluye el discurso de incorporación del Académico Doctor Enrique Lagrange
p. 208
Serie discursos 3
ISBN: 978-980-12-4486-8
Depósito legal: Lf25220108002471

1. ARRAS 2. ARRAS PENALES 3. MAEKELT, TATIANA DE - BIOGRAFÍA. 1. Título

Depósito legal: Lf25220108002471
ISBN: 978-980-12-4486-8

Irene de Valera - Editor
Avenida Universidad, Bolsa a San Francisco,
Palacio de las Academias
Caracas 1121-A
Teléfonos: (0212) 482.88.45 - 482.86.34
Fax: (0212) 483.26.74
e-mail: acienpoli@cantv.net / academiadecienciaspoliticas@gmail.com
Página Web: www.acienpol.org.ve
Biblioteca "Andrés Aguilar Mawdsley"
Telefax: (0212) 481.60.35
e-mail: acienpoli@cantv.net
Sistema de Cooperación Jurídica: www.scjuridica.org.ve
Centro de Investigaciones Jurídicas
Teléfono: (0212) 377.33.58
Proyecto Ulpiano: www.ulpiano.org.ve

Diseño de portada: Evelyn Barboza V.
Diagramación: Oralia Hernández
Impreso en Venezuela

Discurso y Trabajo de Incorporación de

ENRIQUE URDANETA FONTIVEROS

a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

A la memoria veneranda de mis padres,
Enrique Urdaneta Carrillo y
Rosario Fontiveros de Urdaneta Carrillo

LAS ARRAS EN LA CONTRATACIÓN

Elogio o Panegírico de la doctora Tatiana Bogdanowsky de Maekelt

Señores

Presidente y demás Miembros de la Junta Directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Individuos de Número de esta Academia y de las otras Academias aquí presentes.

Familiares de la doctora Tatiana Bogdanowsky de Maekelt.

Señoras.

Señores.

El día seis de abril del año en curso, los Honorables Miembros de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales me honraron sobremanera al elegirme Individuo de Número para ocupar el Sillón Nº 5 de esta Ilustre Corporación, el cual quedó vacante por la sensible desaparición de la doctora Tatiana Bogdanowsky de Maekelt acaecida el día 17 de agosto de 2009.

Al ingresar en esta Casa del saber, tres sentimientos embargan mi alma. En primer lugar, un sentimiento de profunda complacencia, ya que nada puede ser más grato que encontrarse cara a cara, formando parte de un mismo cuerpo en el seno de esta Academia, con los Honorables Miembros de esta Corporación, entre los que se encuentran algunos de mis más apreciados maestros con quienes tendré la oportunidad de trabajar para propender al desarrollo de las ciencias políticas y sociales y al progreso de la legislación nacional.

Además de esta complacencia, en segundo término, me invade hoy al penetrar en este augusto recinto un sentimiento de profundo respeto, semejante al que impone la santidad de los templos, pues es aquí, en este templo del Derecho, donde vemos personificadas las ciencias jurídicas y donde se encuentran sus más conspicuos representantes.

¡Qué labor tan elevada y tan noble recae sobre vuestros hombros! Pero también, ¡qué responsabilidad tan grave pesa sobre vuestras conciencias! Yo tengo la convicción de que a la magnitud de este compromiso y a la enorme responsabilidad que el mismo trae consigo, vosotros correspondéis perfecta y adecuadamente. Habéis dejado testimonio de ello puesto que vuestras ejecutorias están inspiradas por el bien común que os proponéis como norma de vida y que constituye un imperativo categórico para lograr la felicidad de la Patria mediante la realización de la justicia a través de la libertad y la consecución de la paz política y social en democracia.

Para expresar el tercer sentimiento que en estos instantes embarga mi ánimo, a saber, la gratitud, tomo prestadas las palabras del Capítulo 58 de la Segunda Parte de la obra maestra de Cervantes. Se refiere allí el escritor inmortal al encuentro que, antes de emprender el camino a Zaragoza al abandonar el palacio de los duques, tuvo Don Quijote con un grupo festivo de donceles y doncellas disfrazados de pastores a quienes, para corresponder a la hidalga recepción y a la cordialísima acogida que aquéllos le habían dispensado, el insigne manchego arengó en los siguientes términos:

> Entre los pecados mayores que los hombres cometen, aunque algunos dicen que es la soberbia, yo digo que es el desagradecimiento, ateniéndome a lo que suele decirse: que de los desagradecidos está lleno el infierno. Este pecado, en cuanto me ha sido posible, he procurado yo huir desde el instante que tuve uso de razón…

Gratitud es, sin duda, la palabra más apropiada a mi situación actual.

Gratitud para con todos vosotros, señores Académicos, por haberme elegido Miembro de esta docta Corporación.

Gratitud, especialmente, para con los Individuos de Número doctores Enrique Lagrange, Tomás Enrique Carrillo Batalla, Gonzalo Pérez Luciani, Humberto Romero Muci, Luis Guillermo Govea y Luis Cova Arria que me honraron con la firma de la propuesta para mi elección que vosotros aprobasteis.

Gratitud especialísima para con el Académico doctor José Mélich-Orsini quien, además de postularme para ser elegido Miembro de esta Corporación, asumió como propia la promoción de mi candidatura brindándome su incondicional apoyo. Sé que lo hizo por convicciones que están más allá de sus sentimientos de afecto y estima, y por eso es mayor aún mi gratitud.

Ruego a Dios poder corresponder al alto honor que vuestra benevolencia me ha dispensado cumpliendo decorosamente, en la medida de mis aptitudes, con los elevados deberes que me impone esta honrosa designación con que os habéis dignado distinguirme.

El Reglamento de esta Academia me exige preceder mi trabajo de incorporación con el panegírico de mi predecesora, lo que procedo a hacer con grata satisfacción puesto que nadie más merecedora de elogio que mi ilustre antecesora, la doctora Tatiana Bogdanowsky de Maekelt.

Nacida en la ciudad de Lutk, Polonia, el quince de mayo de 1925 en el hogar digno que formaron sus progenitores ucranianos Sergio Bogdanowsky y María Magdalena Gulianitski después de haber tenido que huir de San Petesburgo, víctimas de la persecución política desatada con ocasión de la llegada al poder de los bolcheviques comunistas.

Su primera infancia transcurre en un ambiente refinado y sereno que le permite después de recibir las primeras letras, estudiar música e idiomas y cultivar la literatura. Se deleita con los clásicos rusos, franceses y alemanes y desarrolla una sólida cultura, así

como una fina sensibilidad humana que le acompañará durante toda su vida.

Por una serie de acontecimientos excepcionales, pronto se interrumpe la tranquilidad familiar. Su padre muere en el año 1937. Dos años después, en 1939, aún no repuesta la familia de esta inmensa tragedia, Alemania invade a Polonia y se produce el desmembramiento de este país que queda dividido en dos partes: una bajo el dominio de los rusos y la otra se integra a Alemania. Como la zona donde vivía con su madre pasa a formar parte de Rusia, la familia es forzada a reducirse a una pequeña casa y a soportar las calamidades propias del nuevo régimen: penurias económicas, carencias, racionamiento de alimentos, angustias, adoctrinamiento ideológico.

1941 marca un cambio inesperado en su vida. Alemania declara la guerra total. La guerra trae consigo odio, miedo, silencio, muerte, exilio, cárcel y cementerio. Se desata la persecución nazi y su madre resuelve enviarla a Praga, donde compartirá la vida con unos tíos. Después de un largo viaje, de pasar hambre y soportar las inclemencias del clima, ya instalada lejos del hogar materno, comienza sus estudios de secundaria y se gradúa de bachiller. Sin embargo, allí tiene que enfrentar nuevos obstáculos. Por ser oriunda del Este, no se le permite el ingreso a la Universidad de Praga. Es entonces enviada a Viena. Pero, al cabo de poco tiempo, el recrudecimiento de la guerra la mueve a emprender el regreso a Praga donde conoce y se casa con León Stachowsky, cuya unión fue bendecida con el nacimiento de una niña: Irene.

Concluida la guerra, como consecuencia de los Acuerdos adoptados en la Conferencia de Yalta, Checoslovaquia queda bajo la órbita de influencia soviética y es cuando la familia se plantea la salida de Europa en busca de alcanzar mejores niveles de vida. Después de considerar diversas opciones, la familia decide en 1948 emigrar a Venezuela, país que se presenta ante sus ojos como una tierra de inagotables esperanzas.

Sin embargo, la tierra que desde Praga parecía una oportunidad para enrumbar la vida, también les plantea problemas. El más complejo aprender el idioma, porque el castellano, indudablemente, es difícil. Además, tuvo que luchar contra una férrea burocracia para revalidar el título de bachiller. No obstante, la entonces joven Tatiana, valiéndose de su talento y haciendo todos los esfuerzos pronto supera estos primeros obstáculos.

La Universidad Central de Venezuela fue su *Alma Mater* donde obtuvo el título de Abogado en 1959, con la máxima distinción académica *Summa Cum Laude*; de inmediato hizo cursos de especialización en el extranjero: obtuvo el título de Doctor en Derecho en la Universidad de Johann-Wolfang Goethe en Frankfurt am Main, Alemania, en 1961. Su tesis doctoral dirigida por el afamado internacionalista doctor Wolfram Müller Freienfels fue aprobada ese mismo año con la mención *Cum Laude*. Simultáneamente, realizó el Curso de Derecho Internacional Privado en la Academia de Derecho Internacional en La Haya en 1960; y en 1960-1961, hizo el Curso de Derecho Comparado en la Universidad Internacional de Ciencias Comparadas en Luxemburgo obteniendo el Diploma Superior de Derecho Comparado. Los estudios de doctorado que siguió en Alemania contribuyeron a desarrollar su capacidad analítica y espíritu metódico, así como el dominio cabal de la técnica jurídica que refleja su rica y densa obra intelectual.

Al finalizar sus estudios en Europa emprendió el regreso a su patria adoptiva donde, poco tiempo después, contrajo nuevas nupcias con el gran científico y médico alemán Alberto Maekelt, quien le acompañará y animará en sus labores durante más de cuarenta años, hasta su muerte acaecida en Caracas el veintinueve de julio de 2008.

Como parte de su formación académica, en 1978 recibió el Doctorado en Ciencias, Mención Derecho, en la Universidad Central de Venezuela. Su tesis intitulada "*Estatuto Autónomo en el Derecho Internacional Privado. Consideración Especial del Estatuto*

del Hijo Extramatrimonial" fue premiada con mención honorífica, recomendando el jurado su publicación por parte de la Universidad.

Variadas fueron las actividades y funciones que la doctora Tatiana B. de Maekelt realizó durante su fecunda existencia.

Además de desempeñarse exitosamente en el ejercicio profesional demostrando siempre una gran capacidad de trabajo, prestó relevantes servicios en áreas relacionadas con el desarrollo de la educación universitaria en una de las etapas más interesantes de la consolidación de la educación superior en Venezuela, ocupando los siguientes cargos: Consultor Jurídico Adjunto de la Universidad Central de Venezuela (1962-1970); Consultor Jurídico del Consejo Nacional de Universidades (1970); Consultor Jurídico del Ministerio de Educación (1970-1975) y Consultor Jurídico de la Universidad Simón Bolívar (1975-1976).

En 1978 Venezuela fue honrada con la designación de la doctora Maekelt para el cargo de Subsecretaria para Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos (OEA), cargo que ejerció hasta 1984 con fervoroso entusiasmo. En el desempeño de su alta responsabilidad impulsó vigorosamente la codificación del Derecho Internacional Interamericano como medio idóneo para desarrollar la cooperación hemisférica y afianzar las relaciones de paz y seguridad entre los Estados Americanos. Muchas de sus propuestas en áreas relacionadas con el Derecho Internacional Privado fueron posteriormente adoptadas en las Convenciones Interamericanas sobre la materia. Durante ese período participó también en los programas organizados por el Comité Jurídico Interamericano en Río de Janeiro. Fue Directora del Curso de Derecho Internacional (Río de Janeiro, 1978-1984) y realizó estudios sobre diversos problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del continente americano y la posibilidad de uniformar algunos aspectos de sus legislaciones.

En forma simultánea con sus ocupaciones anteriores, la doctora Maekelt a lo largo de su trayectoria vital desarrolló una intensa actividad docente. Ampliamente conocida como una gran educadora, le dedicó los mejores años de su vida a la enseñanza.

Prestó su colaboración a la Universidad Central de Venezuela: desde 1962 hasta 1967 dictó clases de Derecho Mercantil; asímismo, a partir de 1962 fue Profesora de Derecho Internacional Privado; también fue Jefe de la Sección de Derecho Internacional Privado y Derecho Comparado en el Instituto de Derecho Privado; Jefe de la Cátedra de Derecho Internacional Privado; Jefe del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y Profesora de diversos Cursos de Doctorado en Derecho hasta una fecha cercana a su fallecimiento. Fue además Miembro del Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas durante varios períodos.

Las actividades docentes y de investigación de la profesora Maekelt también encontraron campo fértil de actuación en la Universidad Católica Andrés Bello donde fue Directora Fundadora del Centro de Investigaciones Jurídicas (1976-1978); correspondiéndole coordinar la reunión en Caracas, en 1978, de las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Internacional Público en la UCAB. Además, con su maestría característica, regentó en esa Casa de Estudios la Cátedra Derecho Internacional Privado desde el año 1985 hasta el 2000.

Dictó también cursos de Derecho Internacional Privado en prestigiosas universidades y centros de estudio en el extranjero: en 1982 dictó el curso *"Normas Generales de Derecho Internacional Privado en América"* en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, convirtiéndose en la primera mujer del continente americano que dictó clases en La Haya. Para difundir el contenido de este curso en países de habla hispana, las lecciones que dictó la profesora Maekelt fueron traducidas por ella misma al castellano y, con ligeras ampliaciones en algunos puntos, recogidas en una obra

que recibió el Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales correspondiente al año 1984. Durante el período 1979-1984, impartió inolvidables lecciones en los Cursos de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos que ella dirigió en Río de Janeiro; y, asímismo, en 1983 y 1984 dictó el Curso "*Conflict of Laws*" en The American University, en Washington.

Con frecuencia dictó conferencias en prestigiosas instituciones nacionales e internacionales, dentro y fuera de Venezuela.

Toda esa labor fue acompañada de su intervención en gran número de Congresos internacionales, en los que la profesora Maekelt dejó la impronta de su alta condición de jurista. Tuvo una activa y permanente presencia en organismos y conferencias internacionales realizando una extensa y muy meritoria labor a favor de la aportación interamericana al desarrollo del ordenamiento *iusprivatista* internacional.

Participó en incontables reuniones internacionales y sesiones de trabajo, particularmente en la Asamblea General de las Naciones Unidas; durante más de veinte años prestó su significativa y valiosa colaboración en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) participando en algunos de los más relevantes Grupos de Trabajo; desarrolló una continua y fecunda labor en los programas del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT); prestó eficaz contribución en las actividades de la Inter-American Bar Association y la American Bar Association.

Dama de porte distinguido, relevante personalidad y amena conversación; su elegante presencia física era fácilmente identificable. Siempre la animó el espíritu de lucha que puso al servicio de su vocación y la perseverancia para acometer proyectos de envergadura para el desarrollo de las ciencias jurídicas.

Cita especial merece en ese sentido, la tesonera actividad desplegada por la profesora Maekelt a partir del año 1992 para de-

sarrollar en la Universidad Central de Venezuela un Programa de Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado. Luego de largas vigilias e intensas sesiones de trabajo con un grupo de sus antiguos discípulos, profesores de la Cátedra Derecho Internacional Privado, se producen los primeros borradores y estudios sobre distintos tópicos que son objeto de consulta, revisión y actualización. Se recogen las opiniones de acreditados especialistas nacionales e internacionales. Efectuados los ajustes y rectificaciones pertinentes, un año después, en 1993, el Proyecto de Maestría, único en su especie, se somete a consideración de las Autoridades Universitarias. Después de cuatro años recibió su aprobación definitiva, iniciando sus actividades en febrero de 1997 bajo la coordinación de la profesora Maekelt, quien participó desde entonces activamente en su orientación habiendo dictado, además, numerosos cursos y conferencias de la Maestría.

Consciente de la necesidad de reforzar en las ciencias jurídicas el sentido de lo universal y con el objeto de proporcionar a los jóvenes estudiosos una formación jurídica más integral, se ocupó la profesora Maekelt de incluir en el programa de la Maestría no sólo las materias propias del Derecho Internacional Privado sino también las del Derecho Comparado. Así en la Maestría se dicta en cada semestre una asignatura obligatoria que es la Teoría General del Derecho Comparado y varios seminarios optativos sobre Derecho Comparado Institucional, Derecho Americano Comparado (Público y Privado) y un taller sobre casos prácticos de Derecho Comparado.

Su relevancia específica desde el punto de vista cualitativo, que se pone de manifiesto mediante un sucinto examen de las exigencias del programa de estudios y los *pensa*, así como el alto nivel académico y prestigio de sus profesores, pronto convirtieron la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado en un modelo a seguir no sólo en Venezuela sino a escala internacional. Su metodología ha marcado, en aspectos fundamentales, la evolución de la enseñanza de esta disciplina en el Derecho Comparado.

La profesora Maekelt fue el alma de esta Maestría. Con gran satisfacción pudo ver que la gran mayoría de los profesores de Derecho Internacional Privado y Comparado de las Universidades Central de Venezuela, Católica Andrés Bello, José María Vargas y Monteávila son egresados de la Maestría que ha pasado a ser "un verdadero semillero de internacionalistas". Se realiza así uno de los más íntimos anhelos de la profesora Maekelt, el cual ha significado, sin duda, una de sus más destacadas contribuciones al desarrollo del Derecho Internacional Privado y del Derecho Comparado.

La profesora Maekelt además impulsó tenazmente el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, hasta lograr su aprobación definitiva. El Proyecto original fue elaborado en el año 1963 y revisado en 1965 por una comisión designada a mediados de septiembre de 1958 por el entonces Ministro de Justicia, Andrés Aguilar, e integrada por los doctores Roberto Goldschmidt, Gonzalo Parra-Aranguren y Joaquín Sánchez-Covisa.

El Proyecto fue muy bien acogido en el extranjero y recibió los más favorables comentarios por parte de los eximios juristas Haroldo Valladão, de Brasil, Fritz Von Schwind, de Austria y Paul Heinrich Neuhaus, de Alemania. Debido a su importancia doctrinaria y alto grado de perfección técnica fue reproducido en la tercera edición de Alexander N. Makarov, "*Fuentes del Derecho Internacional Privado. Codificaciones Nacionales*" preparada en Alemania por el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.* No obstante, en Venezuela, aun cuando los autores del Proyecto procuraron su máxima difusión en el medio jurídico, la doctrina nacional mantuvo al respecto "un reverente silencio" y los propósitos perseguidos por los proyectistas quedaron pronto truncados, pasando el Proyecto a dormir el sueño de los justos.

Consciente de la necesidad de disponer de un instrumento que ayudase a resolver los problemas del sistema venezolano de Derecho Internacional Privado entonces vigente, caracterizado por sus contradicciones entre los artículos contenidos en el Título Prelimi-

nar del Código Civil, su carácter estatutario, la dispersión de sus normas en los códigos y en leyes especiales y el inadecuado factor de conexión personal, la profesora Maekelt le dio un vigoroso impulso al Proyecto que reposaba pendiente en el Congreso Nacional.

La lucha fue larga y no estuvo exenta de dificultades. En 1989 la profesora Maekelt en representación de los profesores de Derecho Internacional Privado de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello, envió una carta al entonces Ministro de Justicia fechada 4 de diciembre de 1989 "*para solicitar sus buenos oficios respecto a la posible introducción de este proyecto ante el Congreso de la República...*". Asímismo, en ella se expresó el acuerdo de los expertos en esta disciplina jurídica, de "*prestar la colaboración necesaria y suministrar aclaratorias e informaciones para lograr que el proyecto se convierta, a la brevedad posible, en una ley vigente...*". Lamentablemente esta comunicación nunca obtuvo respuesta.

Pero los obstáculos se convirtieron pronto en un eficaz estímulo para su superación. En 1995 tomó la iniciativa de plantearle a los profesores asistentes a la Primera Reunión Nacional de Profesores de Derecho Internacional Privado, la necesidad de la aprobación del Proyecto, lo que determinó que los profesores de esta cátedra de todas las universidades nacionales enviaran sendas comunicaciones al Ministro de Justicia y a la Comisión Permanente de Política Exterior del Senado de la República replanteando la necesidad de que el Proyecto fuese sancionado por el Congreso.

La profesora Maekelt no desmayó en sus esfuerzos: sostuvo incontables reuniones de trabajo con las altas autoridades públicas y comisiones de los Poderes Legislativo y Ejecutivo; colaboró activamente en las modificaciones y sugerencias de reforma del Proyecto originario contribuyendo a estructurar su articulado final; coordinó reuniones con los profesores integrantes de la Cátedra de Derecho Internacional Privado para revisar el Proyecto de 1965, adaptarlo a las nuevas leyes vigentes en Venezuela y recoger en

sus disposiciones las más modernas tendencias doctrinales y orientaciones jurisprudenciales sobre la materia; asímismo, organizó ciclos de conferencias sobre su contenido y asumió una enérgica defensa del Proyecto. Siguió todos los pasos del trámite legislativo y logró sortear todos los escollos que en diversas circunstancias se le presentaron en el camino hasta lograr la aprobación de la ley.

La Ley de Derecho Internacional Privado constituye una solución modelo. Responde a las más recientes tendencias de regular el Derecho Internacional Privado en forma autónoma del Derecho Material Nacional que se manifiesta, entre otras, en las Legislaciones Especiales de Derecho Internacional Privado adoptadas en Hungría (1979), Turquía (1982), Suiza (1987), Austria (1992), Italia (1995) y Liechtenstein (1996). Inspirada en la doctrina de Savigny y en la jurisprudencia de Story, sus disposiciones dan adecuada solución a los problemas que presentaba el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado, ajustando su regulación a las características y necesidades de la realidad económica y social de nuestro país y adaptan la legislación interna venezolana a las soluciones consagradas en los tratados internacionales ratificados por Venezuela, especialmente en las Convenciones Interamericanas y de La Haya.

Con razón pudo decir la profesora Maekelt, en el acto solemne que tuvo lugar en el Palacio de Miraflores el 6 de agosto de 1998, con motivo del ejecútese a la Ley de Derecho Internacional Privado por parte del entonces Presidente de la República, doctor Rafael Caldera, que con esta ley el país comenzaba una nueva era en la aplicación del Derecho Internacional Privado.

Para facilitar el cabal entendimiento de las disposiciones de la nueva Ley de Derecho Internacional Privado, servir de apoyo a la docencia y a la investigación jurídica, así como a jueces y magistrados, la profesora Maekelt coordinó, con la colaboración de Ivette Esis Villarroel y Carla Regende, la publicación de una obra, en dos tomos, que lleva el título "*Ley de Derecho Internacional*

Privado Comentada". Esta obra, producto de más de tres años de estudio, después de reseñar los antecedentes de la ley y describir las soluciones que sobre la materia contienen las Convenciones Internacionales ratificadas por Venezuela y las legislaciones adoptadas por otros países, reúne un conjunto de trabajos monográficos muy importantes de distinguidos profesores venezolanos referentes a cada uno de los artículos de la ley, así como las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia sobre las disposiciones objeto de estudio.

Por su alto grado de perfección técnica y debido al interés suscitado por la materia objeto de análisis y su carácter novedoso, la *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada* es una obra de consulta obligatoria para todos los juristas venezolanos, así como para todo interesado en la regulación de sus relaciones con personas provenientes de distintos países. Allí han encontrado estudiantes y abogados un rico venero para el estudio de las disposiciones de la Ley de Derecho Internacional Privado y una fuente interpretativa autorizada para el ejercicio de la profesión. Es además una contribución científica de inapreciable valor para el progreso de la doctrina y de la jurisprudencia nacionales.

Como reconocimiento a sus destacados méritos profesionales y científicos y a su dilatada trayectoria académica, el diecinueve de junio de 2001 la profesora Maekelt fue elegida Individuo de Número de esta Corporación, sucediendo en ella a uno de los venezolanos más eminentes, el doctor Arturo Uslar Pietri.

Muy pronto con su carácter enérgico y laborioso ocupó cargos directivos en la Institución y el seis de febrero de 2007 fue elegida por sus pares Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Con este motivo sus discípulos de siempre, como tributo de profundo reconocimiento, le obsequiaron un hermoso libro con las más bellas flores del cariño y el homenaje de sus aprecios. En esta sublime ofrenda, su dilecta discípula la doctora Claudia Madrid Martínez expresó: "La profesora Maekelt es un ejemplo

constante. Trabajar junto a ella es, sin duda, un privilegio y a la vez un continuo aprendizaje. Mas no deja de ser un reto. Un reto que asumo gustosa cada vez que llega con una idea nueva".

Desde la presidencia de este Cuerpo continuó desempeñando su elevado magisterio proyectando la Academia hacia las universidades, haciendo de ella "una sede complementaria de su cátedra universitaria" y divulgando a los jóvenes la misión y los nobles objetivos de la Corporación. Durante dos años dirigió con acierto los destinos de la Academia esforzándose por enriquecer las tareas de investigación y divulgación que atañen a esta Institución. Al culminar su período continuó participando activamente en las labores de la Academia hasta una fecha cercana a su fallecimiento.

La producción jurídica de la profesora Maekelt fue abundante y sólida. Su nombre figurará siempre en la primera línea de los investigadores nacionales del Derecho Internacional Privado y del Derecho Comparado tanto por el número de sus publicaciones, como por la calidad de sus trabajos. Escribió alrededor de cincuenta libros, estudios monográficos y trabajos publicados en revistas especializadas nacionales y extranjeras, todos caracterizados por la densidad de su contenido. Imposibilitado, dentro de los límites de tiempo que me he impuesto, de comentar todo su haber bibliográfico, lo único que puedo hacer es referirme brevemente a algunas de sus obras más relevantes.

En el año 1962, bajo el título "*Nacionalidad y Domicilio*", fue publicado en la Revista Nº 23 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela un denso estudio en el cual la profesora Maekelt, ante el dilema nacionalidad o domicilio que era entonces la pregunta más discutida en el Derecho Internacional Privado, se pronunció por la sustitución del factor de conexión nacionalidad más propio de los países emigratorios como los europeos por el factor de conexión domicilio que se acerca más a los ordenamientos jurídicos americanos, de corte migratorio. Abogó por la necesidad de modificar los artículos 9º y 26 del Códi-

go Civil los cuales, por influjo de la tradición histórica del Código Napoleón, ubicaban a Venezuela dentro de los países aferrados a la *lex patriae*, para consagrar en su lugar el sistema domiciliario.

Su tesis central fue acogida muchos años más tarde pudiendo así la profesora Maekelt ver atendido su requerimiento: una de las modificaciones más importantes de la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998 fue la sustitución del principio de la nacionalidad por el del domicilio como factor de conexión decisivo en materia de estado, capacidad y relaciones familiares y sucesorias con la consiguiente derogación de las precitadas disposiciones del Código Civil, lo que significó, sin duda, una profunda reforma del sistema venezolano de Derecho Internacional Privado. La solución legal venezolana se aproxima a la que consagran la mayoría de los países americanos y los países del *common law* y responde, en mayor medida, a las realidades demográficas, económicas y sociales de nuestro país.

A finales de 1979, con una finalidad principalmente pedagógica, publica la primera edición de sus *"Materiales de Clases para la Materia de Derecho Internacional Privado"* que figura entre sus libros más destacados. Dirigida fundamentalmente a los estudiantes y estudiosos de esta rama del Derecho, la obra constituye una herramienta indispensable para el estudio de los diversos temas sobre la materia mediante la presentación de esquemas simplificados que acompaña con un material cuidadosamente seleccionado de la doctrina nacional y la indicación de una bibliografía referente a cada uno de los temas objeto de estudio. Los *Materiales de Clases* son una guía orientadora que permite al lector contar con fuentes de información adecuadas para penetrar en el complejo y variado mundo de relaciones que conforman el objeto de esta disciplina jurídica.

Se ocupó la profesora Maekelt, además, de actualizar permanentemente esta obra con el objeto de mejorar y adaptar su contenido a los más recientes cambios legislativos y a las recomendaciones

de los profesores de la Cátedra de Derecho Internacional Privado. A la fecha cuenta con cinco ediciones, la última del año 2006, en proceso de revisión para la fecha de su partida.

En su Trabajo de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales preparado en el año 2002 bajo el título "*Ley venezolana de Derecho Internacional Privado. Tres años de su vigencia*", la profesora Maekelt examinó pormenorizadamente el contenido de las disposiciones más relevantes de la nueva ley, incluyendo la sustitución del factor de conexión nacionalidad por el domicilio, la aplicación del derecho extranjero, la regulación de las instituciones generales, las regulaciones de Derecho Civil Internacional y de Derecho Procesal Internacional. La recipiendaria no se limitó a un meticuloso análisis teórico del articulado de la ley; al hacer un balance de los tres años de su entrada en vigencia agregó a su examen dos nuevos elementos, a saber: las interrogantes que suscitan algunas disposiciones de la nueva ley debido a algunas lagunas e imprecisiones que contienen y su tratamiento por parte de la doctrina y la jurisprudencia nacionales.

En su trabajo la profesora Maekelt pone de relieve no solamente su singular dominio del Derecho Internacional Privado sino que también hace gala de una aguda capacidad analítica para desmenuzar los conceptos, abordar los problemas que suscita la coexistencia en el espacio de sistemas jurídicos diversos y esbozar sus posibles soluciones. Por la admirable claridad con que expone las complejas cuestiones derivadas de las relaciones jurídicas que se extraterritorializan, el rigor metodológico empleado en la presentación del tema y su característica de originalidad, su trabajo constituyó un valioso aporte a nuestra bibliografía *iusprivatista*.

Mención especial merece su obra más acabada "*La Teoría General del Derecho Internacional Privado*" que aparece publicada por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en febrero de 2005. Escrita con el único propósito de "mantener esta materia vigente en Venezuela, facilitar su aprendizaje y asegurar que la to-

lerancia se convierta en guía para todos los ámbitos jurídicos de nuestro país", esta obra de recia estructura y fortaleza conceptual se ha convertido ya en un verdadero clásico de la literatura jurídica venezolana.

Después de exponer los principios fundamentales del Derecho Internacional Privado y examinar con todo cuidado las fuentes internacionales e internas de esta disciplina, la profesora Maekelt penetra en el complejo mundo de la norma del Derecho Internacional Privado examinando su estructura y sus clases, incluyendo las normas de colisión, las normas de aplicación inmediata y las normas materiales de esta disciplina jurídica. Analiza a continuación el mayor problema que enfrenta el Derecho Internacional Privado, a saber: el que se plantea cuando la norma de conflicto ordena la aplicación del Derecho extranjero, sugiriendo la creación de tribunales o salas especiales para conocer los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos simultáneamente vigentes.

Siguiendo las orientaciones de los maestros Lorenzo Herrera Mendoza, Gonzalo Parra-Aranguren y Joaquín Sánchez-Covisa, la profesora Maekelt insistió una y otra vez en la necesidad de conocer la historia del Derecho Internacional Privado puesto que "sin conocer la historia será imposible entender el método que se aplica, hasta nuestros días, para resolver casos relacionados con elementos foráneos, que se conectan con diversos ordenamientos jurídicos". Por ello, no podía faltar en su *Teoría General* un recorrido histórico por las etapas esenciales del desarrollo del Derecho Internacional Privado y una exposición de las concepciones de sus más conspicuos representantes. Y es que, ciertamente, el presente y el pasado están estrechamente relacionados; sólo a través del pasado es posible entender los preceptos legales en sus circunstancias de lugar y tiempo. Además, la experiencia demuestra que las instituciones jurídicas no surgen de improviso, sino que constituyen la síntesis de elementos muy diversos entre los cuales el desarrollo histórico es, sin duda, un factor de primer orden. Por lo cual, tal y como lo proclaman las más acreditadas corrientes de la época

contemporánea, sólo un cabal conocimiento del presente teniendo en cuenta el análisis del pasado nos permite entender mejor nuestro sistema de Derecho Internacional Privado y compararlo exitosamente con otros sistemas y con otros ordenamientos.

Siempre sensible a los signos de los tiempos, concluye su obra con un examen de algunos dilemas que desafían al Derecho Internacional Privado del Siglo XXI y que esta rama del Derecho no podrá ignorar para ir adaptándose "a las necesidades del mundo actual, a su globalización, a su dinamismo, a sus progresos tecnológicos y a sus crecientes fenómenos de la integración regional".

En cada capítulo de esta obra, escrita con la mayor claridad y precisión conceptual, la profesora Maekelt no sólo se limitó al cuidadoso estudio de las instituciones objeto de examen, lo que por sí solo ya tendría un gran mérito, sino que al plantear los problemas más relevantes expone sus propios puntos de vista e interpretaciones, justificando con sólidas razones el diseño de acertadas soluciones.

Su vocación por la enseñanza y "su alma de gran educadora" la llevaron a dedicar grandes años de esfuerzos en la formación de una nueva generación de juristas venezolanos, la mayoría de ellos egresados de la Maestría, que han encontrado en el Derecho Internacional Privado y en el Derecho Comparado un campo fértil para la investigación, el estudio y la reflexión. Siempre se preocupó por fomentar el interés de sus discípulos por la investigación en las áreas de su especialidad y, según el testimonio de algunos, los estimulaba a realizar estudios de post-grado en las más prestigiosas universidades de Europa y América, los alentaba a incorporarse a la docencia universitaria y a ascender en el escalafón del personal docente y de investigación de las diversas universidades del país, así como a publicar trabajos, artículos y obras sobre la materia.

Fue una gran Maestra capaz de entusiasmar a sus discípulos, como me lo han contado algunos. Sus enseñanzas sirvieron para iluminar caminos y trazar rumbos a las generaciones futuras.

Con su innata bondad y la profundidad de su cultura jurídica pronto supo congregar alrededor suyo a sus discípulos más prominentes que hoy conforman una pléyade de ilustres juristas que continúan su labor en la docencia y la investigación jurídica. Cada vez son más frecuentes los interesantes trabajos y aportes de sus discípulos, convertidos hoy en sus sucesores en la cátedra, para las revistas venezolanas y extranjeras lo cual ha contribuido a un extraordinario enriquecimiento del acervo bibliográfico *iusprivatista*. Ellos organizan conferencias, talleres de estudio, seminarios y eventos similares en donde se abordan diversos tópicos referentes al Derecho Internacional Privado, se analizan temas controversiales y se elaboran recomendaciones que han servido de criterios orientadores de las decisiones de nuestros tribunales y enriquecido considerablemente la jurisprudencia nacional.

Ahí está y ahí queda la creación de una escuela nacional de cultivadores del Derecho Internacional Privado que hoy estudian y enseñan en toda Venezuela; una escuela de especialistas de la disciplina que transmiten las enseñanzas que recibieron de la profesora Maekelt proyectando su magisterio a las nuevas generaciones. Con razón la profesora Hildegard Rondón de Sansó el dieciocho de junio de 2002 en la oportunidad de contestar el Discurso de Incorporación de la profesora Maekelt a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales afirmó: “Por todas las razones anteriores es que puede entenderse que a Tatiana se le señale como la *creadora de una escuela*, una corriente de Derecho Internacional Privado, que marca a sus integrantes con el sello indeleble de un alto sentido de responsabilidad, de acuciosidad y de permanente interés por los nuevos temas”.

En una vida tan llena de servicios y ejemplar dedicación al estudio, la enseñanza y la investigación del Derecho, no podía faltar el reconocimiento público y generalizado de tan destacada labor.

Muchas fueron las distinciones, reconocimientos y honores de que fue objeto la profesora Maekelt.

Venezuela reconoció sus méritos al designarla Miembro de la Delegación Venezolana en cinco Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado. Fue Miembro Fundador de la Asociación Interuniversitaria de Derecho Comparado de Venezuela; Miembro Fundador de la Asociación Venezolana de Derecho Internacional; Presidente de la Asociación Civil Centro de Estudios de Derecho Internacional Privado y Comparado (CEDE); Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Recibió importantes reconocimientos de diversos países de Europa y América como fueron sus designaciones como Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI); Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado (La Haya); Miembro del Gesellchaft für Rechtsvergleichung (Alemania); Miembro de la International Law Association (Londres); Miembro de la Societé de Legislation Comparée (París); Miembro de la American Bar Association (Washington D.C.); Miembro de la Inter-American Bar Association (Washington D.C.); Miembro de la American Society of International Law (Washington D.C.); Miembro de la Asociación Uruguaya de Derecho Internacional; Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional; Miembro de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado; Miembro y Presidente Honorario de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) (Paraguay); Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Comparado (Estrasburgo).

Su pecho fue digno trono para muchas medallas y condecoraciones que le fueron otorgadas no por conveniencias políticas o circunstancias de ocasión, sino como merecido reconocimiento por el deber cumplido y justa recompensa a sus sobresalientes servicios en las áreas de la educación, la docencia y la investigación. Fue galardonada con la Orden del Libertador (1973); Orden 27 de Junio (1973); Reconocimiento Académico de Washington College of Law of the American University, Washington D.C. 1984 "*for outstanding contributions to International Legal Studies*"; Premio

de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales al libro *"Normas Generales de Derecho Internacional Privado"* (1985); Orden José María Vargas en su Segunda Categoría (1989); Diploma de Honor del Colegio de Abogados del Distrito Federal (1992); Premio del CONICIT al mejor trabajo de investigación otorgado a la obra colectiva *Lo Público y lo Privado* (1996) por su participación con el trabajo "Relaciones entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público"; Orden Luis Sanojo a los logros en el campo jurídico (1999); Orden José María Vargas en su Primera Categoría (por ascenso) otorgada *post mortem* (2010).

Su innata bondad le ganó el aprecio de sus queridos discípulos quienes, en 2001, como testimonio de su afecto, admiración y gratitud, la honraron entregándole un diploma con el título de *Magister* "invocando la autoridad que les daba el cariño, el afecto y la admiración, basados en todo lo que ella significaba para la Maestría y para la universidad venezolana".

Ya en el año 2000, un grupo de admiradores de la trayectoria académica de la profesora Maekelt, en reconocimiento de todos sus méritos, decidió coordinar una publicación en su honor: "*Liber Amicorum*. *Homenaje a la Obra Científica y Académica de la Profesora Tatiana B. de Maekelt*". Al presentar esta obra el profesor Víctor Hugo Guerra expresó: "De todos los aspectos de la personalidad de la profesora Maekelt que he podido conocer, me impresionan, particularmente, su inmenso amor por Venezuela y por la actividad científica y académica en el complejo mundo jurídico venezolano; su inagotable capacidad para idear y desarrollar proyectos de investigación y, finalmente, la extremada sencillez y humildad con la que puede guiar y transmitir sus conocimientos a quienes hemos tenido la dicha de ser sus discípulos, escucharla en un auditorium o salón de clases, o leer su obra".

Desde el punto de vista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, la edición de esta obra que apareció publicada en el año 2001, en donde se juntan

trabajos de acreditados juristas nacionales y extranjeros, constituye el reconocimiento por parte de su *Alma Mater* a la extraordinaria labor de la profesora Maekelt en el campo del Derecho Internacional Privado y como Jefe de la Sección de Derecho Internacional Privado y Derecho Comparado en el Instituto de Derecho Privado, desde el año 1974.

El día diecisiete de agosto de 2009 la profesora Maekelt falleció en la ciudad de Nueva York. El Derecho Internacional Privado americano perdió a una de sus más destacadas exponentes. Pero el magisterio y la enseñanza que derramó generosamente sobreviven a la maestra que supo transmitir a otros sus conocimientos, sus pensamientos y sus doctrinas. Ahí están su obra y su escuela. Ahí siguen vivos y vivificantes su *Teoría General,* sus *Materiales de Clases*, su *Derecho Internacional Privado...*

Pocos días después de su fallecimiento, el tres de noviembre de 2009, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales celebró una Sesión Solemne en honor a la memoria de esta gran venezolana. Allí escuchamos al Presidente de esta Academia, doctor José Román Duque Corredor, expresar que el valor del trabajo de Tatiana de Maekelt "y de su imperecedera labor jurídica, tenía su verdadera inspiración en su pasión por el derecho y en su anhelo por la justicia y la libertad, la solidaridad y la convivencia, propios de su espíritu excelso".

Nueve días después, el 12 de noviembre de 2009, la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, con ocasión de las Terceras Jornadas de esa Asociación llevadas a cabo en la Isla de Margarita, en póstumo reconocimiento a sus elevados méritos y a su fecunda labor en favor de la Universidad, la enseñanza y las ciencias jurídicas, le rindió un justo tributo a su memoria en donde su dilecto discípulo, el Académico doctor Eugenio Hernández-Bretón, resumió su vida como "una dedicada a la Universidad venezolana y a sus estudiantes, al Derecho Internacional Privado y al Derecho Comparado, a la justicia, a la verdad, valiente sin silencios".

A estos homenajes se sumaron muchos otros, en el país y en el extranjero. Hace apenas unos días bajo el título *"Derecho Procesal Civil Internacional"*, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad Central de Venezuela publicaron una obra conjunta *In memoriam Tatiana B. de Maekelt* que reúne más de veinte trabajos de distinguidos juristas especialistas de la disciplina. Esta obra constituye una de las más meritorias contribuciones al estudio del ordenamiento procesal internacional.

He querido esbozar, siquiera a grandes rasgos, parte de lo que fue la vida y obra de la doctora Tatiana B. de Maekelt; y digo parte, porque no me ha sido posible condensarlas en su totalidad en el ritmo fugaz de estas palabras de recuerdo. Con verdadero respeto dejo, a quienes me escuchan, este breve recuento de la trayectoria de Tatiana B. de Maekelt, una joven venida de tierras lejanas y sembrada entre nosotros para siempre.

Imposible dejar de recordar en este acto al ilustre predecesor de la doctora Tatiana B. de Maekelt en el Sillón Nº 5, el doctor Arturo Uslar Pietri, uno de los más esclarecidos hijos de la Patria cuyo nombre enaltece el gentilicio nacional y cuya elocuente voz, sabios consejos y severas admoniciones aún retumban en la conciencia nacional.

Para dar cumplimiento a lo dispuesto en ordinal 4º del artículo 5º de la Ley sobre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, he presentado el trabajo de incorporación que lleva por título "*Las Arras en la Contratación*". Lo he dedicado a la memoria veneranda de mis padres, el doctor Enrique Urdaneta Carrillo y Rosario Fontiveros de Urdaneta Carrillo, quienes con su ejemplo me enseñaron a transitar por la severa senda del deber y desde los graneros eternos, "siempre presentes, desde más allá de todas las distancias", continúan siendo guías seguros y constantes de mis actos en el camino de la vida. Si la infinita Bondad de la Divina Providencia lo permite, reciban ellos en este instante este homenaje como tributo de mi profunda devoción filial.

El tema de mi trabajo se inscribe en el vasto campo del Derecho de las Obligaciones, que constituye la espina dorsal del Derecho Civil y hacia el cual se han orientado principalmente mis labores en la docencia y en la investigación jurídica.

Consideré útil desarrollar este tema debido a la virtual inexistencia en la doctrina nacional de estudios monográficos omnicomprensivos sobre la materia. La importancia fundamental de esta forma de asegurar el cumplimiento de las obligaciones, sus peculiaridades respecto de otras modalidades de protección del crédito y la frecuencia cada vez mayor con que se acude a las arras en la contratación fueron razones adicionales que determinaron que seleccionara este tema como objeto de mi disertación.

Al abordar el tema, cabe hacer notar que el Código Civil venezolano regula las arras en los artículos 1.263 y 1.276. Estas disposiciones reproducen el contenido de los artículos 1.217 y 1.230 del Código Civil italiano de 1865, con ligeras modificaciones.

En cambio, la regulación de las arras que trae el Código Civil italiano de 1942 se aparta en muchos aspectos del Código de 1865 y, por ende, tiene igualmente diferencias sustanciales con nuestro Derecho positivo. Lo mismo puede decirse respecto de las reglas que sobre la materia contienen los Códigos Civiles francés, alemán, español y latinoamericanos más modernos. De allí que en la preparación de este trabajo, la doctrina venezolana y la doctrina italiana hasta 1942 nos han sido particularmente útiles tanto para el estudio de los principios generales que gobiernan la materia, como para el enfoque de los problemas específicos que suscita el instituto de las arras. En cambio, la doctrina italiana más reciente, si bien en ocasiones nos ha permitido enriquecer nuestro estudio con las concepciones de los tratadistas más modernos y aclarar algunos problemas particulares referentes a las arras, debido a las diferencias existentes entre uno y otro sistema no siempre las soluciones propuestas por estos autores son aplicables al Derecho venezolano. Igualmente, hemos utilizado la doctrina alemana, francesa, españo-

la y latinoamericana *cum grano salis* puesto que muchas veces las respectivas legislaciones subyacentes no se adaptan a la regulación del instituto en el Derecho venezolano vigente.

Por lo que respecta a la jurisprudencia consultada, conviene tener en cuenta que en esta materia, las decisiones de nuestros tribunales, especialmente de la Casación venezolana, son escasas. Por lo cual, en algunas ocasiones, sobre todo donde existen lagunas en la legislación, la jurisprudencia extranjera nos ha suministrado valiosos criterios que hemos tomado en consideración para la debida interpretación de las normas legales referentes al instituto de las arras.

Además, como la regulación de las arras en nuestro Código Civil es muy parca, no es lo suficientemente explícita y deja sin resolver muchas cuestiones, se requiere en ocasiones completar la regulación de las arras contenida en los artículos 1.263 y 1.276 con otros preceptos establecidos en el Código Civil para la cláusula penal que, en su caso, con las naturales adaptaciones, podrían aplicarse por analogía a aquéllas, dada la identidad de función que ambos institutos desempeñan.

Hechos los señalamientos anteriores, examino detalladamente en mi trabajo lo que son, en nuestro concepto, los caracteres comunes esenciales y los elementos estructurales de las arras, así como su eficacia particular como mecanismo de cautela del crédito en nuestra legislación civil. Dejo al juicio certero de los Honorables Miembros de esta docta Corporación la apreciación de las consideraciones que sobre este tema les presento en mi trabajo de incorporación.

Para concluir, quiero expresar la inmensa satisfacción que siento por la presencia en este acto solemne de mi esposa Elda, eje y centro de mi familia; de nuestros hijos Enrique José, José Antonio y Elda Alejandra que me dan razones para vivir y razones para esperar; de mis hermanas Guadalupe, Coromoto, Alcira, Mercedes y

Rosario, que conmigo crecieron “y un mismo seno exprimieron y un mismo techo abrigó”; de mis padres políticos José Antonio y Eva Cordido-Freytes, también padres en el afecto; de mis tíos, cuñados, sobrinos, demás parientes y amigos que a lo largo de mi trayectoria vital me han brindado su afecto y apoyo incondicional; y de mis grandes maestros de la Universidad Católica Andrés Bello que avivaron en mí la pasión por el Derecho y me orientaron con las luces de su pensamiento.

A todos ellos mi más cálido y sincero reconocimiento.

Señores Académicos: al ingresar al seno de esta Magna Corporación me anima el sincero deseo y el decidido propósito de hacer todo cuanto esté a mi alcance para contribuir al logro de los altos objetivos y fines de la Academia. Asumo pues el insoslayable compromiso de trabajar intensamente con vosotros para el cumplimiento de las nobles tareas que la ley le ha encomendado a esta Institución.

Señoras y Señores: Muchas gracias.

Enrique Urdaneta Fontiveros

Las Arras en la Contratación

SUMARIO

I. NOCIONES GENERALES. 1. Las arras: su concepto. 2. Clasificación de las arras. a) Arras de formalización o puramente confirmatorias. b) Arras penales o confirmatorias. c) Arras penitenciales o de retractación.

II. LA DISCIPLINA DE LAS ARRAS SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO. 1. Disposiciones legales. a) Antecedentes históricos. 2. Carácter penal de las arras. 3. Arras penales o confirmatorias: su función. 4. Eficacia traslativa de las arras. 5. Caracteres del pacto sobre arras. a) El pacto sobre arras es un contrato unilateral. b) Es un contrato a título oneroso. c) Es un contrato accesorio. d) Es un contrato real. e) En principio, solamente garantiza el resarcimiento de los daños producidos por la inejecución de un contrato. 6. Campo de aplicación de las arras. 7. Objeto de las arras. 8. ¿Quiénes pueden dar las arras y quiénes pueden recibirlas? 9. ¿En qué momento deben entregarse las arras? 10. Eficacia de las arras: las arras como medida y límite del resarcimiento. a) Resolución del contrato. b) Cumplimiento del contrato. c) Aplicación concordada de los artículos 1.263 y 1.276 del Código Civil. c-1) Las arras solamente limitan el resarcimiento cuando la parte cumpliente no prefiera exigir la ejecución del contrato. c-2) Las arras no solamente limitan el resarcimiento cuando así lo hayan acordado las partes. c-3) Conclusión. 11. ¿Cabe la reducción de las arras por la autoridad judicial en caso de ejecución parcial del contrato? 12. Las arras y el contrato preliminar. a) Arras y pago a cuenta. 13. Presupuestos de la función resarcitoria de las arras. a) Constitución en mora. b) Carácter culposo del incumplimiento. 14. Las arras y el incumplimiento doloso del contrato. 15. Las arras y las cláusulas exonerativas o limitativas de responsabilidad. 16. Destino de las arras en caso de ejecución del contrato. 17. Diferencias entre las arras penales y otras instituciones jurídicas. a) Arras y cláusula penal. b) Arras y prenda irregular.

III. LAS ARRAS EN LA ENAJENACIÓN DE APARTAMENTOS BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL. 1. Antecedentes. 2. El convenio de arras en la vigente Ley de Propiedad Horizontal. 3. Las arras en la venta de apartamentos arrendados.

I
Nociones Generales

1. Las arras: su concepto

La palabra *arra o arras* etimológicamente proviene del latín *arra* o *arrha* que es una abreviatura del vocablo griego *arrabo*, de origen semítico, probablemente fenicio y que denota la idea de garantía, prenda o señal[1].

El desarrollo histórico de las arras, cuyo origen parece remontarse a las costumbres de los mercaderes hebreos, cartagineses y fenicios, pone de manifiesto que el término *arras* puede referirse a un elemento o señal que prueba la intención de las partes de celebrar un contrato; al signo ostensible del perfeccionamiento del contrato; a la suma entregada a cuenta del precio y como principio de ejecución, o en concepto de liquidación anticipada de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento del contrato, o como contraprestación por el derecho a desistir de él que se reservan las partes.

1 Al respecto, véase la voz "Arras" en *Vocabulario Jurídico* dirigido por CAPITANT, Henri. Traducción castellana de Aquiles Horacio Guaglianone. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1966. p. 57.

No obstante, se admite que las arras cumplen principalmente una función probatoria, esto es, sirven de medio de prueba de la celebración del contrato (*arrha in signum consensus interpositi data*); una función penal, cuando se impone la pérdida de las mismas o su restitución doblada en caso de inejecución del contrato (*arrha confirmatoria*); y una función penitencial, cuando se emplean como un medio para el lícito desistimiento del contrato (*arrha poenitentialis*)[2].

Tomando en consideración la función que cumplen las distintas clases de arras en la relación contractual, *entendemos por arras la suma de dinero u otras cosas fungibles que una de las partes contratantes da a la otra o a un tercero en señal del contrato que se celebra, o para regular sus efectos en caso de incumplimiento, o con el objeto de conceder a una de las partes o a ambas la facultad de desistir lícitamente de él*[3].

---

2 En el Derecho romano clásico las arras tenían carácter probatorio y confirmatorio; luego, bajo el influjo de las concepciones helenistas según las cuales las arras constituían un mecanismo para la resolución del vínculo, en el Derecho justinianeo prevaleció el carácter penitencial de esta figura. Al respecto, véase: IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*. Ediciones Ariel. Barcelona, 1972. p.p. 507-508; HERNÁNDEZ GIL, Félix: "Las arras en el derecho de la contratación" en *Acta Salamanticensia. Derecho*. Tomo III. Nº 2. Salamanca, 1958. p. p. 14-18; RODRÍGUEZ FONNEGRA, Jaime: *Del contrato de la compra-venta y materias aledañas*. Ediciones Lerner. Bogotá, 1960. p. 152; DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel: *El contrato en general*. Tomo VI. Pontificia Universidad del Perú. Fondo Editorial. Lima, 1999. p.p. 149-151.

3 Esta es, en esencia, la definición acogida por casi todos los autores. Al respecto, véase: JOSSERAND, Louis: *Derecho Civil*. Tomo II. Vol. II (Contratos). Traducción castellana de Santiago Cunchillos y Manterola. Bosch y Cia Editores. Buenos Aires, 1.951. p. 46; BOZZI, Aldo: Voz "Caparra" en *Nuovo Digesto Italiano*. T. II. U.T.E.T. Torino, 1937. p. 790; GIORGI, Jorge: *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Vol. IV. Traducción al castellano por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Reus. Madrid, 1.929. p.p. 495-496; LOMBARDI, Mario: *Gli effetti giuridici della caparra*. Torino, 1928. p. 9; TRABUCCHI, Alberto: *Istituzioni di Diritto Civile.* Edizioni Cedam. Padova, 2005. p.p. 735-738; TRIMARCHI, Michele: Voz "Caparra" (Diritto Civile) en *Enciclopedia del Diritto* Vol. VI. Arese. Giuffrè. Milano, 1960 § 2. Consultada en versión electrónica (DVD); EN-

En el contrato de compra-venta las arras generalmente están constituidas por una cantidad de dinero que el comprador entrega al vendedor cuando el contrato no debe ser inmediatamente cumplido y transcurra un cierto tiempo para la entrega de la cosa y el pago del precio. Aunque las arras son ordinariamente entregadas por el comprador, vinculan igualmente al vendedor en el sentido de que así como el comprador puede perder las arras entregadas, el vendedor puede ser obligado a restituir el doble de las recibidas.

Como se indica más adelante, las arras pueden igualmente darse con ocasión de un contrato preliminar para asegurar la celebración del contrato definitivo (*infra*, Nº II,12). Así, en una promesa bilateral de compra-venta el futuro comprador puede dar una cantidad de dinero al futuro vendedor para asegurar la celebración del contrato de compra-venta proyectado.

2. Clasificación de las arras

La doctrina distingue entre las arras de formalización o puramente confirmatorias, las arras confirmatorias o penales y las arras penitenciales o de retractación.

a) Arras de formalización o puramente confirmatorias

Las arras de formalización o puramente confirmatorias son aquellas que se dan como prueba simbólica, signo ostensible o señal de la conclusión del contrato. Son un medio de hacer constar la celebración del contrato. Su propósito es hacer tangible el consentimiento[4]. Suelen ser de poca entidad; así, la entrega de un anillo

NECCERUS, Ludwig y LEHMANN Henrich: "Derecho de obligaciones" (Primera parte. Doctrina General) en ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martín: *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II. Vol. I. Traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1.954. p.p. 184-185.

4 *Cfr*. BARASSI, Ludovico: *La teoria generale delle obbligazioni*. Vol. III. Giuffrè Editore. Milano, 1948. p. 486.

o de otro objeto de poca significación como, por ejemplo, algunas monedas de escaso valor económico en relación con la totalidad de la prestación comprometida.

Son, por consiguiente, fácilmente reconocibles por su poca importancia, lo que excluye que haya sido la intención de las partes configurarlas como un mecanismo de liquidación anticipada de los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento o como una contraprestación por el derecho a desistir del contrato.

Su origen se remonta al Derecho romano y en la actualidad están previstas en algunas legislaciones como el Código Civil alemán y el Código suizo de las Obligaciones[5].

Se comprende fácilmente que con el desarrollo del consensualismo como base de la formación de los contratos y la proliferación de otros medios probatorios como la escritura que permiten una prueba más firme de la convención, las arras puramente confirmatorias han perdido actualmente su importancia. En efecto, mucho más sencillo y útil que entregar arras con la única finalidad de demostrar la celebración del contrato, es recoger el contrato por escrito puesto que de esta manera queda constancia de la fecha y de otros extremos acordados por las partes. En la actualidad cuando se trata de un contrato de compra-venta se admite que cuando el comprador entrega una cantidad de dinero al vendedor en el momento de la celebración del contrato, sin ninguna indicación, la cantidad entregada lo ha sido a título de pago anticipado o a cuenta del precio y representa un principio de ejecución del contrato[6].

5 El párrafo 336 del Código Civil alemán dice textualmente: "Si al contratar se da algo en concepto de arras, estas se consideran que son una prueba de la conclusión del contrato". Por su parte el artículo 158 del Código suizo de las Obligaciones establece: "Se considera que quien entrega arras lo hace en señal de la conclusión del contrato y no como contraprestación por desistir de él."

6 Al respecto, véase: BAVETTA, Giuseppe: *La caparra*. Giuffrè Editore. Milano, 1963. p.p. 48-49; GALGANO, Francesco: *Il contrato*. Cedam. Padova, 2007. p. 515, especialmente, la nota 55 y la jurisprudencia italiana allí citada; AFONSO RO-

Cuando se pactan arras de formalización o puramente confirmatorias, cada una de las partes conserva el derecho de pedir la ejecución forzosa del contrato o su resolución y, en ambos casos, el pretensor tiene derecho a obtener el pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, de acuerdo con las normas generales que gobiernan la responsabilidad contractual, sin que el otro contratante pueda pretender limitar su responsabilidad al monto de las arras.

Si se trata de arras puramente confirmatorias y el vendedor acciona por los daños y perjuicios contra el comprador que no ha cumplido, se admite que es justo que el monto de las arras, a falta de pacto en contrario, se impute a la suma a liquidarse por concepto de resarcimiento[7].

Cumplido el contrato procede la devolución de estas arras o su importe se imputa al precio cuando ello sea posible, según lo convenido por las partes.

En fin, las arras meramente confirmatorias no castigan nada, ni permiten desistir del contrato celebrado ni representan la medida de los daños y perjuicios resarcibles en caso de inejecución. Sólo dejan constancia de que el contrato se ha celebrado y sirven de prueba de ello, sin que incidan en el régimen o en las posteriores vicisitudes del mismo.

La doctrina moderna considera que las arras de formalización o puramente confirmatorias no cumplen una función propia puesto que cualquiera que sea la forma que adopten las arras, ellas siempre

---

DRÍGUEZ, María Elvira: *Las arras en la contratación.* J.M. Bosch Editor S.A. Barcelona, 1995. p. 133; ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*. Tomo II. (Derecho de obligaciones). Edisofer S.L. Madrid, 2004. p. 553 y la jurisprudencia española allí citada; DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel: *op. cit.* Tomo VI. p. 168.

7 TARTUFARI, Luis: "De la Venta y Del Reporto". Vol. I. en Bolaffio, Rocco y Vivante: *Derecho Comercial*. Tomo 4º. Traducción castellana de Delia Viterbo de Frieder y Santiago Sentís Melendo. Ediar Editores. Buenos Aires, 1.948. p. 156, especialmente, la nota 178.

sirven para probar la celebración del contrato[8]. Por lo cual, sólo cabe hablar de arras penales y arras penitenciales como figuras que presentan elementos estructurales particulares y cumplen funciones propias[9].

b) Arras penales o confirmatorias[10]

Son aquellas que se dan como una liquidación anticipada de los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento del contrato. Su función es servir de medio de coacción contra el deudor, puesto que éste al saber que si no cumple perderá las arras, se verá constreñido a ejecutar la prestación debida. Por lo cual, las arras penales son un mecanismo de reforzamiento del cumplimiento de la obligación. Cumplen así una función similar a la cláusula penal[11], aunque entre ambas figuras existen diferencias importantes (*infra*, Nº II,17,a).

Cuando se estipulan arras penales o confirmatorias, los contratantes conservan el derecho a exigir el cumplimiento íntegro del contrato. Pero cuando la falta de cumplimiento sea imputable a alguno de ellos, el otro que no haya incurrido en culpa puede, si así lo

---

8 La doctrina española moderna se ha encargado de señalar que, en realidad, estas arras puramente confirmatorias no existen. Lo que hay es una terminología mal empleada puesto que lo que "se llaman arras confirmatorias no son sino pagos parciales adelantados, por tanto, comienzo de la ejecución del contrato, que en lugar de denominarse como lo que son, se ha dado en llamar arras puramente confirmatorias". Al respecto, véase: DÍAZ-ALABART, Silvia: "Las arras" (I) en *Revista de Derecho Privado*. Enero, 1996. Madrid. p. 27.

9 Al respecto, véase: BARASSI, Ludovico: *loc. cit.*; GALGANO, Francesco: *op. cit.* p.p. 515-517; TRIMARCHI, Michele: *loc. cit.*

10 Se las denomina así y no simplemente penales para poner de manifiesto que su entrega cumple, además, una función confirmatoria del contrato al cual dichas arras se refieren o en cuya virtud se entregan.

11 La doctrina clásica califica a las arras como una *cláusula penal impropia*. Al respecto véase: POLACCO, Vittorio: *Le Obbligazioni nel Diritto Civile Italiano*. (Parte prima). Fratelli Drucker. Padova, 1898. p. 396; SANOJO, Luis: *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*. Tomo II. Imprenta Nacional. Caracas, 1.873. p. 105.

desea, renunciar al contrato que las arras garantizan, en cuyo caso no podrá pretender a título de resarcimiento más que aquello que esté representado por el importe de las arras, esto es, no podrá sino retener las arras recibidas o pretender el doble de las entregadas, según que el incumplimiento sea imputable al dador o al receptor de las arras, respectivamente. En otras palabras, la parte cumpliente puede pedir el completo resarcimiento del daño si, en lugar de darse por pagada con las arras, pide el cumplimiento del contrato.

Así, las arras penales o confirmatorias le conceden a la parte no culpable, en caso de incumplimiento imputable a la otra parte, el derecho a quedarse con las arras recibidas, o a exigir el doble de las entregadas, si no prefiere exigir el cumplimiento del contrato, en cuyo caso tiene derecho a una indemnización por todos los daños causados por la inejecución del contrato[12].

Como se ve, cuando las arras revisten carácter penal (arras confirmatorias), las consecuencias jurídicas de la estipulación de un pacto sobre arras son diversas según que la parte incumplidora sea el dador (*tradens*) o el receptor de las mismas (*accipiens*). En el primer caso, esto es, cuando el incumplimiento es imputable a quien haya dado las arras, el acreedor puede demandar el cumplimiento del contrato o dejarlo sin efecto en cuyo caso el constituyente de

12 *Cfr*. BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 793; BRUGI, Biagio: “Effetti della caparra confirmatoria” en *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazion*i. 1921, II. p. 443. BUTERA, Antonio: “Caparra e danno” en Nota a la sentencia de la Corte de Casación del Reino de fecha 17 de junio de 1927. *Il Foro Italiano*, 1927, I. p.p. 594-595; CARNELUTTI, Francesco: “Funzione della caparra nel contratto preliminare” en *Rivista del Diritto commerciale e Diritto generale delle obbligazioni.* 1923, II. p. 225; TARTUFARI, Luis: *op. cit.* Vol. I. p. 152, especialmente, la nota 170 y la jurisprudencia italiana allí citada; ESPÍN CANOVAS, Diego: *Manual de Derecho Civil Español*. Vol. III (Obligaciones y Contratos). Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1983. p. 308. En la doctrina nacional, véase: KUMMEROW, Gert: *La función resarcitoria de las arras*. Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal. Fundación Rojas Astudillo. Caracas, 1961. p.p. 26-27, especialmente, las notas 61 y 62.

las arras las pierde. En el segundo caso, cuando el incumplimiento es imputable a quien recibió las arras, el acreedor puede pedir la ejecución del contrato o exigir la restitución doblada de las arras.

En fin, en caso de incumplimiento, el perjudicado podrá valerse, a su propia elección, de la siguiente posibilidad alternativa: a) renunciar al contrato y retener las arras recibidas o, en su caso, exigir el doble de las entregadas; o b) demandar la ejecución del contrato, en cuyo caso el resarcimiento del daño se rige por las normas generales de la responsabilidad civil contractual.

Las arras penales o confirmatorias con las características antes descritas están contempladas, entre otros, en los Códigos Civiles italiano (art. 1.385)[13], alemán (§ 338)[14] y peruano (arts. 1.478 y 1479)[15]. Son las que regulan, con algunas variantes, los artículos 1.263 y 1.276 del Código Civil venezolano que sigue en esta materia las directrices del Código Civil italiano de 1865 (*infra,* Nº II,2 y 10,a y b).

---

13 El artículo 1.385 del *Codice* bajo la denominación de arras confirmatorias regula las arras penales en los siguientes términos: "Si en el momento del perfeccionamiento del contrato una parte da a la otra a título de arras, una suma de dinero o una cantidad de otras cosas fungibles, en caso de cumplimiento, las arras deben ser restituidas o imputadas a la prestación debida. Si la parte que ha dado las arras es la incumpliente, la otra parte puede rescindir el contrato reteniendo las arras; si la incumpliente es en cambio quien las ha recibido, la otra puede rescindir el contrato y exigir el doble de las arras. Sin embargo si la parte incumpliente prefiere demandar la ejecución o la resolución del contrato, el resarcimiento del daño se regula por las normas generales."

14 El párrafo 338 del Código Civil alemán (B.G.B.) contempla las arras penales en los siguientes términos: "Si la prestación debida por el dador se hace imposible por causa de una circunstancia de la que es responsable, o si la rescisión del contrato es culpa suya, el tenedor de las arras está autorizado a retenerlas. Si el tenedor de las arras exige la indemnización por incumplimiento, las arras, en caso de duda, le serán atribuidas o si esto no puede hacerse, serán devueltas en el momento del pago de la indemnización."

15 El artículo 1.478 del Código Civil peruano dice así: "Si la parte que hubiese entregado las arras no cumple la obligación por causa imputable a ella, la otra parte puede dejar sin efecto el contrato conservando las arras. Si quien no cumplió es la parte que las ha recibido, la otra parte puede dejar sin efecto el contrato y exigir el doble de las arras."

Conviene tener en cuenta que las *arras penales o confirmatorias* producen sus efectos en caso de incumplimiento culposo, no en caso de desistimiento del contrato, es decir, *no confieren a la parte incumpliente el derecho a desligarse del contrato* puesto que no suprimen el derecho de su co-contratante de solicitar la ejecución en especie del contrato[16].

La doctrina distingue entre las *arras penales sustitutorias* y las *arras penales cumulativas*. Las primeras le dan el derecho a la parte que ha cumplido el contrato, en caso de optar por dejarlo sin efecto, a una indemnización por el incumplimiento equivalente al monto de las arras; las segundas le dan el derecho a exigir las arras más el resarcimiento integral de los daños y perjuicios causados[17].

Las arras penales o confirmatorias pueden configurarse como un límite al resarcimiento de los daños y perjuicios, o como un suplemento de precio, esto es, como una pena por el incumplimiento[18]. Dicho en otros términos, dichas arras pueden exigirse en lugar de la ejecución del contrato como un subrogado del cumplimiento, o acumulativamente, es decir conjuntamente con los daños y perjui-

16 *Cfr.* SANCHO REBULLIDO, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil*. Vol. II (Derecho de Obligaciones). Ediciones Dykinson. Madrid, 2003. p. 262; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: *Los elementos definitorios de las arras en el Derecho patrimonial.* Madrid, 2005. p. 101.

17 Al respecto, véase: BAVETTA, Giuseppe: *op. cit.* p. 79; DÍAZ-ALABART, Silvia: *op. cit.* p.p. 5, 28 y 35; ESTIVAL ALONSO, Luis: *El contrato de arras*. Madrid, 2006. p. 63.

18 *Cfr.* BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 790. La doctrina en general admite que los particulares pueden convenir en una pena privada que se sume al monto de la reparación ordinaria de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento de la obligación. Al respecto, véase: ZOPPINI, Andrea: *La pena contrattuale.* Giuffré Editore. Milano, 1991. p.p. 299-313; MAZEAUD, Denis: *La notion de clause penal*. L.G.D.J. París, 1992. p.p. 319-322; DÁVILA GONZALEZ, Javier: *La obligación con cláusula penal*. Editorial Montecorvo, S.A. Madrid, 1992. p.p. 35-42. Desde luego, esta cláusula para su existencia requiere pacto expreso y de incluirse en un contrato de adhesión celebrado con los consumidores, probablemente sea considerada como una cláusula abusiva de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 70 (primer aparte) y 73 (numeral 7) de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso de los Bienes y Servicios.

cios derivados del incumplimiento, sumándose a éstos[19]. En fin, las arras penales se utilizan como sustitutivas de los daños y perjuicios que pueda ocasionar el incumplimiento, o como una pena privada que sumar al monto de los daños y perjuicios que se causaron.

Como se comprende fácilmente, las arras penales cumulativas representan la mejor garantía de cumplimiento para el acreedor, pero son especialmente costosas para el deudor en caso de inejecución del contrato para cuya seguridad se pactan, motivo por el cual en los ordenamientos como el venezolano en los que se contemplan expresamente arras penales, éstas salvo pacto en contrario son sustitutorias (*infra,* Nos II,3 y II,10,a). Las arras penales cumulativas por ser más onerosas para el deudor, no pueden presumirse en ningún caso (*favor debitoris*).

c) Arras penitenciales o de retractación

Las arras penitenciales o de retractación son aquellas que conceden a cualquiera de las partes el derecho a desistir del contrato, mediante la pérdida de las arras por quien las entregó o su restitución doblada por quien las recibió. Las arras revisten ese carácter cuando las partes, excepcionalmente, se reservan la facultad de desistir del contrato lícitamente pagando la penitencia (*ius poenitendi*) y significan la pena por ese desistimiento. Constituyen, en definitiva, *un medio lícito de desistir del contrato*. Su finalidad es dar a los contratantes el derecho de desligarse del contrato una vez perfeccionado. Es decir, conceden la facultad de arrepentirse;

---

19 Cabe hacer notar que, en rigor, sólo cabe hablar de *exigibilidad de las arras penales* para la parte que las recibe (*accipiens)* y cuyo incumplimiento determina la obligación de devolver el doble de lo que recibió en concepto de arras. Pero por lo que respecta a ese mismo *accipiens*, cuando la parte incumplidora del contrato es el dador de las arras (*tradens*) no cabe, en realidad, hablar de exigibilidad de las arras, sino de si a aquél le asiste o no el derecho de retenerlas a título de anticipo del precio en el caso de que opte por exigir el cumplimiento, o en concepto de indemnización de los daños y perjuicios en el supuesto de que opte por la resolución del contrato. Al respecto, véase: BUTERA, Antonio: *op. cit.* p. 595.

de allí que se las denomine arras penitenciales (*arrha poenitentialis*), de desistimiento o de retractación.

Mediante la estipulación de esta clase de arras no se pretende castigar el incumplimiento sino que las mismas permiten desistir lícitamente del contrato a cualquiera de los contratantes, sin la anuencia del otro. Cuando las arras se configuran como penitenciales, quien desiste del contrato actúa en el ejercicio de un derecho y, por tanto, no incumple el contrato[20]. Dichas arras no castigan pues incumplimiento alguno, sino que antes por el contrario lo permiten cuando el que las dio haya consentido en perderlas, o el que las recibió en devolverlas duplicadas.

De acuerdo con el artículo 1.159 del Código Civil "los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley". De donde resulta que si la ley no atribuye a las partes un derecho a desistir unilateralmente del contrato, la única vía posible para deshacerlo es el mutuo consentimiento, a menos que el contrato mismo atribuya a una de las partes o a ambas la facultad de dejarlo sin efecto. Ese pacto de libre resolución o desistimiento[21] normalmente

---

20 La doctrina en general es conteste en relación con los particulares expuestos. Al respecto, véase: TRABUCCHI, Alberto: *op. cit*. p. 738; TRIMARCHI, Michele: *op. cit.* § 5; GALGANO, Francesco: *op. cit.* p. 517; CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral.* Tomo IV (Derecho de Obligaciones). Madrid, 1986. p. 93; AFONSO RODRÍGUEZ, María Elvira: *op. cit.* p.p. 162-163; ALBALADEJO, Manuel: *op. cit.* Tomo II. p. 550. En la doctrina nacional, véase: KUMMEROW, Gert: *op. cit.* p.p. 10-11; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General del Contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. Nº 61. Caracas, 2006. p. 583; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de obligaciones. Derecho Civil III.* Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1999. p.p. 946-947. En contra, en la doctrina española, véase: SCAEVOLA, Quintus Mucius: *Código Civil concordado y comentado.* Tomo XX. Madrid 1958. p. 364.

21 Desde el punto de vista técnico-jurídico no parece que pueda hablarse aquí de un supuesto de revocación puesto que, en sentido estricto, la revocación es la terminación de determinados tipos de contrato por voluntad unilateral de una de las partes. La revocación suele ser pues *una facultad que concede la ley a uno sólo de los contratantes* y que no nace de un acuerdo de las partes (arg.: *ex* art. 1.159 del Código Civil). En cambio, cuando se entregan arras penitenciales, la facultad que se reserva

lleva aparejado el pago de una cantidad de dinero que opera como contraprestación económica por el ejercicio de esa facultad[22].

La doctrina italiana moderna considera a las arras penitenciales como el precio por el ejercicio de una facultad de resolución o lícito desistimiento del contrato. Corresponden a un derecho de retractación o facultad de abandono del contrato que tienen las partes y cuyo ejercicio se somete a la penalidad arral. La parte que desiste, según haya dado o recibido las arras, las pierde o debe restituir el doble de las que haya recibido como compensación por el daño producido por el ejercicio del derecho de separación, el cual ha sido preventiva y convencionalmente liquidado mediante las arras entregadas en el momento de la conclusión del contrato[23].

---

uno de los contratantes o ambos de poner fin al contrato al cual dichas arras se refieren, nace de un pacto; por lo cual, preferimos conceptualizarlo como un pacto de libre resolución, o mejor aún, de desistimiento, tal y como lo hacemos en el texto.

22 No hay que confundir las arras penitenciales con la *multa penitencial* (*multa poenitentialis, pactum displicentiae, faculté de dédit*). Se dice que hay multa penitencial cuando en un contrato se establece una determinada prestación que una de las partes se obliga a dar a la otra en caso de que quiera desistir del contrato. La multa penitencial se configura pues como una promesa: es la cantidad de dinero que debe pagar o la prestación que debe cumplir quien desiste del contrato, de acuerdo con lo convenido por las partes. *Cfr.* GASCA, Cesare Luigi: *Tratatto della Compra-Vendita Civile e Commerciale*. Vol. I. U.T.E.T. Torino, 1.915. p.p. 396-397; GIORGI, Jorge: *op. cit.* Vol. IV. p.p. 493-495; POLACCO, Vittorio: *op. cit.* (Parte Prima). p.p. 396-397; HERNÁNDEZ GIL, Félix: *op. cit.* p.p. 55-60; DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel: *op. cit.* Tomo VI. p. 224. Las arras penitenciales, en cambio, constituyen el precio que se paga por anticipado como contraprestación por la facultad de poder desistir libremente del contrato. No consisten pues en una mera promesa sino que suponen una dación actual y efectiva de una cantidad de dinero o de otra cosa fungible que una de las partes da a la otra en el momento en que se celebra el contrato y antes de su ejecución como contrapartida por la facultad de desligarse de él. Como se despende lo antes expuesto, la multa penitencial se distingue de las arras penitenciales porque su entrega se produce *después* de que aquel que se hubiera reservado la facultad de desistir del contrato haya decidido hacerlo.

23 Al respecto, véase: D'AVANZO, Walter: Voz "Caparra" en *Novissimo Digesto Italiano*. T. II. U.T.E.T. Torino, 1957. p. 896; DE CUPIS, Adriano: *El Daño* (Teoría general de la responsabilidad civil). Traducción castellana de Ángel Martínez Sarrión. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1975. p. 525; RUBINO, Doménico: *La Compravendita*. Giuffrè Editore. Milano, 1.971. p.p. 1080-1081.

Tal y como lo expresa Messineo, las arras penitenciales funcionan, no como un medio de resarcimiento del daño (carácter éste propio de las arras confirmatorias), sino como una contraprestación al derecho a ejercitar la separación *ad nutum* del contrato, sin que la contraparte pueda legítimamente sustraerse a dicha separación[24]. Son pues completamente extrañas al concepto de incumplimiento y de daños culposos.

Por consiguiente, cuando las arras revisten carácter penitencial, frente al derecho de separación que corresponde a cada uno de los contratantes, es obvio que ninguno de los dos puede pretender ni el cumplimiento del contrato ni otro resarcimiento distinto de aquel que está precisamente representado por el importe de las arras.

En lo concerniente al *ejercicio de la facultad de desistir del contrato*, junto con la retractación o desistimiento se requiere que la parte que quiera desligarse del contrato se allane a perder las arras entregadas o a restituirlas dobladas (*allanamiento*). Si quien desiste es la parte que entregó las arras, basta con que manifieste, expresa o tácitamente, a la otra parte su voluntad de desligarse del contrato y su conformidad con perderlas. Si quien desiste es el contratante que recibió las arras, su declaración de voluntad deberá acompañarse de la restitución efectiva o puesta a disposición de su contraparte de las arras que recibió dobladas, a cuyo efecto puede utilizarse el procedimiento de oferta real y depósito previsto en los artículos

24 MESSINEO, Francesco: *Doctrina General del Contrato*. Tomo II. Traducción castellana de R.O. Fontanarosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra. Ediciones Ejea. Buenos Aires, 1952. p. 425. En el mismo sentido, en la doctrina española, Verdera Izquierdo afirma: "El hecho desencadenante del despliegue de efectos del pacto arral no es el incumplimiento sino el ejercicio de una facultad que expresamente ha sido autorizada por las partes mediante el pacto arral. La cantidad (o cosa fungible) entregada funciona a modo de compensación por el desistimiento realizado (precio del desistimiento) por una de las partes, no por el incumplimiento como ocurre con las arras penales. El pacto arral jugará en caso de desistimiento con independencia de que se hayan producido daños a la otra parte y de la cuantía de los mismos". (VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: *op. cit.* p.121).

1.307 y siguientes del Código Civil y 819 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Así, en un contrato de compra-venta en el cual se pactaron arras penitenciales, si quien desiste del contrato es el comprador que entregó las arras podrá manifestar su voluntad expresa o tácitamente, a cuyo efecto le bastará con negarse a pagar el precio o recibir la cosa. De esta manera manifestará su voluntad de desligarse del contrato. Perderá las arras, pero quedará liberado de cumplir las obligaciones contraídas. En cambio, si quien desiste del contrato es el vendedor que recibió las arras, se requiere que manifieste su voluntad en tal sentido y que restituya efectivamente o ponga a disposición del comprador las arras dobladas.

El diferente tratamiento que se da al comprador y al vendedor se explica porque el primero, como por hipótesis ya entregó las arras al celebrar el contrato, para desligarse de él no tiene que hacer nada más que manifestar su voluntad en tal sentido. El vendedor, en cambio, como recibió las arras, para poder desistir del contrato es natural que deba restituirlas dobladas efectivamente. Su mera manifestación de voluntad de devolver las arras dobladas sólo constituye una promesa de devolver una suma de dinero u otras cosas fungibles lo que es muy diferente de devolverlas realmente[25].

---

25 La doctrina extranjera de los países cuyos ordenamientos regulan las arras penitenciales es en general conteste con los particulares expuestos en el texto. Al respecto, por todos, en la doctrina italiana que comenta el *Codice* de 1942, véase: TRIMARCHI, Michele: *op. cit.* § 5. En la doctrina española, por todos, véase: AFONSO RODRÍGUEZ, María Elvira: *op. cit.* p.p. 254-256; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: *op. cit.* p.p. 254-256 y la jurisprudencia de los tribunales españoles citada por estos autores. En la doctrina argentina, por todos, véase: BORDA, Guillermo A.: *Tratado de Derecho Civil*. *Contratos*. Vol. I. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1.997. p.p. 226-227, especialmente, las notas 614 y 615; WAYAR, Ernesto: *Compraventa y permuta.* Editorial Astrea. Buenos Aires, 1984. p.p. 498-499, especialmente, las notas 147 y 148 y la jurisprudencia de los tribunales argentinos citada por estos autores. En la doctrina peruana, véase: DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel: *op. cit.* Tomo VI. p.p. 211-212

Por último, en la eventualidad de que cualquiera de los contratantes se limite a incumplir lo pactado pero sin declarar expresamente su voluntad de desligarse del contrato, su contraparte no puede exigir el cumplimiento del contrato, puesto que había un pacto de arras penitenciales o de desistimiento, sino su resolución y el monto de la indemnización representada por las arras. Hay que entender que la conducta del contratante que así actúa equivale a una manifestación tácita de la facultad de desistir del contrato. De lo contrario la eficacia del pacto de arras penitenciales quedaría librada al capricho del contratante incumpliente[26].

La manifestación de voluntad de desistir del contrato debe expresarse en forma pura y simple.

Por lo que respecta *a la oportunidad para desistir del contrato*, se admite que si las partes establecieron un plazo para ejercer la facultad de retractarse, es obvio que el vencimiento de ese plazo implica la pérdida de la mencionada facultad. Si no se ha fijado plazo, el derecho de retractarse se pierde cuando la parte que puede hacer uso de él hace precisamente lo contrario y comienza a cumplir el contrato[27]. No puede ejercitarse lícitamente la facultad de desistir del contrato perdiendo las arras penitenciales cuando ya se ha iniciado, pero aún no se ha concluido la ejecución del contrato. En efecto, quien empieza a cumplir demuestra con ello que no

---

26 *Cfr.* DÍAZ-ALABART, Silvia: *op. cit.* p. 32, especialmente, la nota 134 y la jurisprudencia de los tribunales españoles allí citados. En contra, HERNÁNDEZ GIL, Félix: *op. cit.* p. 74.

27 BAUDRY-LACANTINERIE, G y SAIGNAT, Léo: "De la vente et de l'échange" en *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*. Tome XVII. París, Recueil. 1.900. p. 55; MAZEAUD, H., L. y J.: *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Tercera. Vol. III. Versión castellana. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1.962. p. 72; GARCÍA CANTERO, Gabriel: "Del Contrato de la Compraventa" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart). Tomo XIX. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1.991. p. 112; SANCHO REBULLIDO, Francisco de Asís: *op. cit.* Vol. II. p. 263; HERNÁNDEZ GIL, Félix: *op. cit.* p. 66; DÍAZ-ALABART, Silvia: *op. cit.* p. 31; SALVAT, Raymundo: *Tratado de Derecho Civil argentino* (Fuentes de las Obligaciones). Vol. I. Buenos Aires, 1950. p. 224; KUMMEROW, Gert: *op. cit.* p. 17.

desea arrepentirse. Por eso es lógico que el principio de ejecución suponga la pérdida de la facultad de desistir del contrato.

Hay *principio de ejecución* cuando se realizan actos que demuestran inequívocamente que existe, por parte del que los ejecuta, voluntad de cumplir el contrato. Se trata en definitiva de una cuestión de hecho que deberá ser cuidadosamente examinada por los jueces de instancia de acuerdo con las circunstancias de cada caso y que escapa a la censura de casación.

El principio de ejecución más que una renuncia, constituye una causal de caducidad que opera y produce sus consecuencias *ipso iure*, por el solo hecho de la realización del acto, independientemente de que haya sido conocido o no por la otra parte[28].

Desde luego, en la generalidad de los casos no trascurre un período muy largo entre el momento de la celebración del contrato y el de su ejecución pero, sea como fuere, será éste el plazo para desistir del contrato. Como límite máximo habría que recurrir al plazo ordinario de diez años establecido en el artículo 1.977 del Código Civil para el ejercicio de todas las acciones personales que no tengan un plazo propio de prescripción.

Por último, las arras penitenciales o de retractación producen los siguientes *efectos*: a) si el contrato se cumple, las arras se imputan al precio de ser ello posible, o procede su restitución según lo convenido por las partes. Desde luego tampoco puede el acreedor en este caso pretender, además del cumplimiento, retener las arras recibidas o, en su caso, exigir el doble de las entregadas; b) si una de las partes decide desligarse del contrato, la otra parte no puede exigir el cumplimiento y las arras, como se dijo, cumplen un papel resarcitorio. La otra parte debe limitar su pretensión resarcitoria al monto de las arras y no podrá reclamar una cantidad mayor; y c) si una de las partes pierde el derecho de desistir del contrato y des-

---

28 *Cfr.* BORDA, Guillermo A.: *op. cit.* p. 249; WAYAR, Ernesto: *op. cit.* p. 500, especialmente, la nota 51 y la jurisprudencia argentina citada por estos autores.

pués incurre en un incumplimiento contractual, la parte cumplidora o no culpable podrá demandar el cumplimiento del contrato o su resolución y, en cualquier caso, la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios[29] sin tener que limitar su reclamación a la cuantía que representan las arras, esto es, procediendo, en definitiva, la satisfacción de la totalidad de los daños originados por el incumplimiento, de acuerdo con las reglas generales que gobiernan la responsabilidad civil contractual. En un contrato de compra-venta, las arras, si la parte incumpliente es el comprador que las dio, pueden quedar en poder del vendedor e imputarse al monto de la indemnización.

Las arras penitenciales o de retractación están previstas, entre otros, en los artículos 1.590 del Código Napoleón[30], 1.386 del Código Civil italiano[31], 1.454 del Código Civil español[32], 1.202 del Código Civil argentino[33] y 1.480-1.483 del Código Civil peruano[34],

---

29 *Cfr.* BORDA, Guillermo A.: *loc. cit.* p. 252; WAYAR, Ernesto: *loc. cit.* p. 501; HERNÁNDEZ GIL, Félix: *op. cit.* p.p. 73-74.

30 El artículo 1.590 del *Code* dice así: “Si la promesa de venta ha sido hecha con arras, cada uno de los contratantes es dueño de retractarse. Aquel que las ha dado perdiéndolas, y aquel que las ha recibido restituyéndolas duplicadas”.

31 Según el artículo 1.386 del Código Civil italiano de 1942: “Si en el contrato se ha el derecho de receso por una o por ambas partes, las arras tienen como única función servir de contrapartida al receso. En este caso, el que rescinde pierde las arras o debe restituir el doble de las que ha recibido”.

32 El artículo 1.454 del Código Civil español dice textualmente: “Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra-venta, podrá rescindirse el contrato, allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas”.

33 El artículo 1.202 del Código Civil argentino dice textualmente: “Si se hubiere dado una señal para asegurar el contrato o su cumplimiento, quien la dio puede arrepentirse del contrato o puede dejar de cumplirlo perdiendo la señal. Puede también arrepentirse el que la recibió y en tal caso debe devolver la señal con otro tanto de su valor. Si el contrato se cumpliere, la señal debe devolverse en el estado en que se encuentre. Si ella fuere de la misma especie que lo que por el contrato debía darse, la señal se tendrá como parte de la prestación; pero no si ella fuere de diferente especie, o si la obligación fuese de hacer o de no hacer”.

34 El Código Civil peruano llama a las arras penitenciales “arras de retractación” y contiene una regulación bastante detallada de ese instituto en los siguientes términos:

que legitiman a una de las partes o a ambas recíprocamente para desistir de la ejecución del contrato celebrado. Si se retracta la parte que entregó las arras, las pierde en beneficio del otro contratante. Si quien se retracta es quien recibió las arras, debe restituirlas dobladas al otro contratante.

El Código Civil venezolano solamente regula las arras penales o confirmatorias (artículos 1.263 y 1.276). Pero como en materia de arras rige el principio de la autonomía de la voluntad ("*a falta de estipulación contraria*, dice el artículo 1.263, lo que se da en arras al tiempo de la celebración del contrato o con anterioridad a este acto, se considera como garantía de los daños y perjuicios para el caso de contravención"); es perfectamente lícito convenir en que las arras revistan carácter penitencial[35]. Pero para ello, como se indica poco más adelante, se requiere que la voluntad de las partes así lo establezca claramente o lo haga suponer puesto que en caso de duda, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.263, se considera que las partes han querido pactar arras confirmatorias o penales (*infra*, Nº II,2)[36].

"Artículo 1.480: La entrega de las arras de retractación sólo es válida en los contratos preparatorios y concede a las partes el derecho de retractarse de ellos". Artículo 1.481: Si se retracta la parte que entrega las arras, las pierde en provecho del otro contratante. Si se retracta quien recibe las arras, debe devolverlas dobladas al tiempo de ejercitar el derecho. Artículo 1.482: La parte que recibe las arras puede renunciar al derecho de retracción. Artículo 1.483: Si se celebra el contrato definitivo, quien recibe las arras las devolverá de inmediato o las imputará sobre su crédito, según la naturaleza de la prestación."

35 La doctrina nacional está de acuerdo sobre el particular. Al respecto, véase: KUMMEROW, Gert: *op. cit.* p. 30; MÉLICH-ORSINI, José: *op. cit.* p. 583, especialmente, la nota 129; VEGAS ROLANDO, Nicolás: *Contratos preparatorios con dictámenes al respecto*. Vadell Hermanos. Valencia, 1985. p. 35.

36 La doctrina y la jurisprudencia italiana más modernas admiten igualmente que, en caso de duda, en el sistema italiano las arras (*caparra*) se reputan confirmatorias y no penitenciales. Por otra parte, no es suficiente para atribuirles carácter penitencial que las partes le den ese *nomen iuris* sino que para ello se requiere, además, que ellas contemplen explícitamente el derecho a desistir (*patto di recesso*) del contrato. Al respecto, véase: GALGANO, Francesco: *op. cit.* p. 517, especialmente, la nota 61 y la jurisprudencia de los tribunales italianos allí citada.

Corresponderá, en definitiva, a los jueces apreciar el verdadero sentido del pacto sobre arras realizado por las partes según las circunstancias y efectuar la calificación correspondiente. La calificación jurídica de la operación dependerá fundamentalmente de la verdadera intención de las partes tomándose en cuenta, en especial, los hechos que la demuestren o la hagan presumir.

II

La Disciplina de las Arras según el Código Civil Venezolano

1. Disposiciones legales

El Código Civil venezolano (Libro III) regula las arras en los artículos 1.263 y 1.276. La primera de estas disposiciones está ubicada al final de la Sección VI (“De las obligaciones con cláusula penal”) del Capítulo II (“De las diversas especies de obligaciones”) del Título III (“De las obligaciones”) y dice textualmente:

> **“A falta de estipulación contraria, lo que se da en arras al tiempo de la celebración del contrato o con anterioridad a este acto, se considera como garantía de los daños y perjuicios para el caso de contravención.**
>
> **Si la parte que no ha incurrido en culpa no prefiere exigir el cumplimiento de la convención, puede retener las arras que haya recibido o exigir el doble de las que haya dado.”**

El artículo 1.276, colocado dentro del Capítulo III ("De los efectos de las obligaciones") del mismo Título III, a continuación de las disposiciones relativas al resarcimiento de los daños y perjuicios, dice así:

> **"Cuando en el contrato se hubiere estipulado que quien deje de ejecutarlo debe pagar una cantidad determinada por razón de daños y perjuicios, no puede el acreedor pedir una mayor, ni el obligado pretender que se le reciba una menor.**
>
> **Sucede lo mismo cuando la determinación de los daños y perjuicios se hace bajo la fórmula de cláusula penal o por medio de arras."**

Estas disposiciones reproducen el contenido de los artículos 1.217 y 1.230 del Código Civil italiano de 1865, con ligeras modificaciones[37]. El legislador venezolano, siguiendo la orientación italiana, abandonó en esta materia el sistema del Código Napoleón que solamente trata a las arras al referirse a la promesa de venta (art. 1.590)[38], y le dio a ese instituto un carácter general. En nuestro

---

37 En cambio, la regulación de las arras que trae el Código Civil italiano de 1942 se aparta en muchos aspectos del Código de 1865 y, por ende, tiene igualmente diferencias sustanciales con nuestro Derecho positivo (*infra,* Nº I,a). Lo mismo puede decirse de las reglas que sobre la materia contienen los Códigos Civiles francés, alemán, español y latinoamericanos más modernos.

38 Sin embargo, cabe hacer notar que, de acuerdo con la doctrina francesa, el artículo 1.590 del *Code* consagra un principio de carácter general aplicable a *todos* los contratos bilaterales puesto que no hay razón para excluir la posibilidad de pactar arras en contratos distintos al de la compra-venta. Al respecto, Aubry y Rau afirman que aunque el artículo 1.590 no habla más que de promesas de venta hechas con arras, la regla se aplica *ex ratione legis*, a las ventas actuales y a los otros contratos (AUBRY, C. y RAU, C.: *Cours de Droit Civil Français*. Tome V. Cinquième édition. París, 1.907. § 349. p. 18, especialmente, la nota 36). Baudry-Lacantinerie y Saignat, por su parte, señalan que no hay obstáculo para aplicar el artículo 1.590 a todos los contratos bilaterales (BAUDRY-LACANTINERIE, G y SAIGNAT, Léo: *op. cit.* Tome XVII. p.p. 56-58). En el mismo sentido véase: PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo X. Traducción castellana

ordenamiento, por tanto, el pacto sobre arras puede incluirse en cualquier contrato bilateral (*infra*, Nº II,6).

Como puede fácilmente apreciarse y tendremos oportunidad de precisar en el desarrollo de este trabajo, la regulación de las arras en nuestro Código Civil es muy parca, no es lo suficientemente explícita y deja sin resolver muchas cuestiones. Por lo cual, se requiere en ocasiones completar la regulación de las arras contenida en los artículos 1.263 y 1.276 con otros preceptos establecidos en el Código Civil para la cláusula penal que, en su caso, con las naturales adaptaciones, podrían aplicarse por analogía a aquéllas, dada la identidad de función que ambos institutos desempeñan[39].

En el Código de Comercio no existe ninguna disposición relativa a las arras[40] lo que, desde luego, no impide que en los contratos mercantiles las partes puedan perfectamente, en razón del principio de la autonomía de la voluntad, contemplar la entrega de arras simplemente confirmatorias, penales o penitenciales (arg.: *ex* arts. 8º del Código de Comercio y 1.159 del Código Civil). A falta de estipulación contraria, al igual que en materia civil, se entiende que las arras entregadas con ocasión de la celebración de un contrato mercantil tienen carácter penal (Código Civil, artículo 1.263 y 1.276).

---

de Mario Díaz Cruz. Cultural S.A. Habana, 1.946. p. 224; GAUDEMET, Eugene: *Teoría General de las Obligaciones*. Traducción española de Pablo Macedo. Editorial Porrúa. México, 1974. p. 291; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: "Les effets de la responsabilité" en Ghestin, Jacques: *Traité de Droit Civil*. (Les Obligations). Vol. VI. L.G.D.J. París, 2001. p. 473.

39 *Cfr.* SARFATTI, Mario: Voz "Caparra" en *Enciclopedia Giuridica Italiana*. Vol. III. Parte I. Società Editrice Libraria. Milano, 1903. p. 685; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *op. cit.* Vol. III. p. 314.

40 Tampoco en el Código de Comercio francés existe disposición alguna referente a las arras. En cambio, de acuerdo con el artículo 343 del Código de Comercio español "las cantidades que, por vía de señal, se entreguen en las ventas mercantiles, se reputarán siempre dadas a cuenta del precio y en prueba de la ratificación del contrato, salvo pacto en contrario". La mención "salvo pacto en contrario" que contiene esta disposición no deja lugar a dudas en cuanto a la posibilidad, de acuerdo con el ordenamiento español, de pactar cualquier clase de arras en los contratos mercantiles.

a) Antecedentes históricos

Para la cabal comprensión de las disposiciones antes transcritas resulta indispensable conocer – al menos a grandes rasgos – sus antecedentes, así como la evolución histórica de la institución objeto de nuestro estudio.

El instituto de las arras en las diferentes etapas de su evolución histórica se configura con características perfectamente diferenciadas.

Así, en el *Derecho romano clásico* las arras tenían carácter probatorio y confirmatorio. Servían para dejar constancia que el contrato –generalmente de compra-venta– era perfecto; no eran un medio de sustraerse a las obligaciones derivadas del mismo; representaban un medio de prueba de que había tenido lugar la conclusión de los contratos consensuales y formales (Inst. 3, 139 y D. 18, 1, 35). Consistían, normalmente, en objetos de poca entidad, como anillos o monedas que uno de los contratantes entregaba al otro. Luego, bajo el influjo de las concepciones helenistas según las cuales las arras constituían un mecanismo para la resolución del vínculo, *en el Derecho justinianeo* prevaleció el carácter penitencial de esta figura (*supra*, Nota 2). De acuerdo con esta nueva concepción de las arras, cualquiera de las partes podía desistir libremente del contrato, mediante la pérdida de lo entregado o la restitución del doble de lo recibido. Como se indica poco más adelante, los intérpretes se encuentran divididos respecto de la innovación que introdujo Justiniano.

En el *Derecho intermedio*, debido a la influencia del Derecho germánico, las arras revistieron fundamentalmente carácter penitencial, es decir, mediante su pérdida o restitución doblada se podía desistir del contrato.

En el *Antiguo Derecho Francés*, Domat consideró que la disposición de Justiniano significaba un cambio en el sistema hasta entonces en vigor, es decir, la transformación de las arras confirmatorias en arras penitenciales; por lo cual, salvo pacto en contrario, las arras otorgaban

a cada una de las partes la facultad de rescindir el contrato. No distingue Domat entre contratos imperfectos y contratos concluidos.

En cambio, según Pothier hay que distinguir según que las arras hayan sido entregadas antes o después de perfeccionarse el contrato. En este último caso, no liberan al contratante de la ejecución del mismo, salvo que las partes expresamente le hubieran dado a las arras carácter penitencial. Si las arras fueron dadas antes del perfeccionamiento del contrato, se admite el desistimiento porque el contrato no está aún concluido con carácter definitivo. Las arras revestían carácter confirmatorio en el contrato perfecto y carácter penitencial en la promesa de futuro contrato de venta. Esta fue la opinión que con carácter general prevaleció bajo el imperio del *Derecho común*.

El Código Napoleón de 1804 solamente se refiere a las arras penitenciales y al regular la promesa de venta: “Si en la promesa de venta hubieran medido arras o señal, dice el artículo 1.590 del *Code*, podrá rescindirse el contrato, perdiendo las arras el que las haya entregado y restituyendo el doble quien las hubiere recibido”. Esta disposición ha dado lugar a numerosas discusiones doctrinarias en cuanto a su significado. Según un sector de la doctrina (Aubry y Rau, Baudry-Lacantinerie y Saignat, Josserand y Gouillard), las arras entregadas con ocasión de un contrato concluido de manera definitiva tienen el carácter de liberatorias, salvo voluntad en contrario de las partes. El artículo 1.590 se aplica tanto a las ventas como a las diversas promesas de venta. En defecto de toda manifestación de voluntad de las partes, en cuanto al sentido dado a la entrega de arras y si las circunstancias no permiten precisar la intención de los contratantes, las arras deben ser consideradas como un medio de desistir del contrato. Otro sector de la doctrina (Laurent, Zachariae y Planiol) restringe el alcance del artículo 1.590, considerándolo aplicable sólo a la promesa de venta, estimando que en todos los demás casos las arras tienen carácter confirmatorio; cuando nos hallamos en presencia de un contrato perfecto, se dice, las arras no pueden tener otro fin que probar la celebración o asegurar la ejecución del contrato, o son algo dado a cuenta sobre el precio. Conceptualizar

a las arras como un modo de desistir sería una contradicción con el carácter perfecto y definitivo del contrato.

De acuerdo con la doctrina francesa moderna (Mazeaud, Le Tourneau, Jourdain, Viney), el artículo 1.590 que consagra el carácter penitencial de las arras sólo es aplicable a la promesa de contrato. Por lo cual, pueden perfectamente pactarse arras en un contrato ya perfecto, en cuyo caso no tienen, al menos como presunción, ese carácter penitencial; sino que, salvo pacto en contrario, revisten carácter penal.

El Código Civil italiano de 1865 reguló las arras en los artículos 1.217 y 1.230 en la parte general de las obligaciones, apartándose del *Code* al desligar el concepto de arras del contrato de compra-venta. Las arras tienen como regla general carácter confirmatorio o penal. En tal sentido, el artículo 1.217 prescribe: "Cuando no aparece una voluntad distinta de los contratantes, lo que se da anticipadamente en el momento de la conclusión del contrato se considera como una cautela para el resarcimiento de los daños en caso de incumplimiento del acuerdo, y se llama arras. La parte que no haya incurrido en culpa, si no prefiere obtener el cumplimiento de lo pactado, puede quedarse con las arras recibidas, o reclamar el doble de lo que haya entregado". La doctrina y la jurisprudencia italianas bajo el imperio del Código Civil de 1865 interpretaron esta disposición en el sentido de que si el contratante cumplidor (o dispuesto a cumplir) pide el cumplimiento forzoso de lo pactado, la existencia de las arras no le impide solicitar el resarcimiento de todos los daños que pueda haber sufrido, sin que las arras actúen como límite de la indemnización. En cambio, si opta por pedir la resolución del contrato y los daños, éstos, a tenor del artículo 1.230, han de limitarse a las arras (Bozzi, Carnelutti, Gasca, Lombardi, Polacco, Tartufari).

En *la legislación civil venezolana*, las arras como garantía de los daños y perjuicios en caso de inejecución culposa del contrato fueron reguladas por primera vez en los artículos 1.152 y 1.165 del Código Civil de 1873. Estas disposiciones son una traducción casi literal de los artículos 1.217 y 1.230 del Código Civil italiano de 1865, cuyo

texto fue luego incluido con muy pocas modificaciones en nuestros Códigos Civiles de 1880 (artículos 1.162 y 1.175), 1896 (artículos 1.183 y 1.195), 1904 (artículos 1.189 y 1.201), 1916 (artículos 1.283 y 1.296), 1922 (artículos 1.283 y 1.276), 1942 (artículos 1.263 y 1.276) y en la Ley de Reforma Parcial del Código Civil de 1982 (artículos 1.263 y 1.276).

El Código Civil italiano de 1942 introdujo profundas modificaciones en la regulación de las arras. El *Codice* distingue expresamente entre las arras confirmatorias o penales (*caparra confirmatoria*) y las arras penitenciales (*caparra penitenciale*), tratando a las primeras en el artículo 1.385 y a las segundas en el artículo 1.386. Según el artículo 1.385 "si la parte que hubiese dado la seña no cumpliese, la otra podrá rescindir el contrato reteniendo la seña: si por el contrario la incumplidora fuese la parte que la ha recibido, la otra podrá rescindir el contrato y exigir el doble de la seña. Pero sí la parte que no es cumplidora prefiriese demandar la ejecución o la resolución del contrato, el resarcimiento del daño se regulará por la normas generales". Por consiguiente, según el *Codice* los efectos de las arras penales o confirmatorias en caso de incumplimiento del contrato son los siguientes: si el contrato no se cumple, el sujeto que no esté en culpa tiene el derecho de renunciar al contrato y de apropiarse de las arras recibidas o exigir su restitución doblada, según que la parte incumplidora sea el dador o el receptor de las arras. Pero esto no impide que la parte que haya cumplido y que no esté en culpa pueda optar entre pedir la ejecución o la resolución del contrato, en cuyo caso siempre tendrá derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios efectivamente sufridos de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad contractual y no según los principios relativos a la eficacia propia de las arras. Como se indica más adelante, esta solución difiere de la solución contemplada en el Código Civil venezolano que se asemeja más al sistema imperante en Italia bajo el Código Civil de 1865. Las reformas incluidas en el *Codice* por lo que respecta al instituto de las arras no fueron pues incorporadas en nuestra legislación.

Dados los antecedentes históricos antes mencionados y debido a que las decisiones de la jurisprudencia venezolana sobre la materia son muy escasas, los aportes de la doctrina y la jurisprudencia italianas hasta 1942 revisten para nosotros suma importancia, tanto para el enfoque de los problemas específicos que suscita el instituto de las arras, como para la adecuada interpretación de los artículos 1.263 y 1.276 del Código Civil. En cambio, la doctrina italiana más reciente, si bien en ocasiones nos ha permitido enriquecer nuestro estudio con las concepciones de los tratadistas más modernos y aclarar algunos problemas particulares referentes a las arras, debido a las diferencias existentes entre uno y otro sistema las soluciones propuestas por estos autores no siempre son aplicables al Derecho venezolano. La misma advertencia debe hacerse con respecto a la doctrina alemana, francesa, española y la latinoamericana puesto que muchas veces las respectivas legislaciones subyacentes no se adaptan a la regulación del instituto en el Derecho venezolano vigente.

2. Carácter penal de las arras

Las arras que contempla el Código Civil son las arras penales, también denominadas confirmatorias[41]. El texto del artículo 1.263 es absolutamente claro al respecto. Por lo cual, en caso de duda, "a falta de estipulación contraria" de las partes, las arras deben entenderse como confirmatorias o en función de cláusula penal. El pacto sobre arras que no tenga este carácter no produce los efectos que

41 En cambio, en el Código Civil francés las arras tienen carácter penitencial. En efecto, según el artículo 1.590 del *Code*: "Si la promesa de venta ha sido hecha con arras, cada uno de los contratantes es dueño de retractarse. Aquél que las ha dado perdiéndolas, y aquél que las ha recibido restituyéndolas duplicadas". Por consiguiente, en Francia las arras conceden a ambas partes el derecho a desistir del contrato y significan la pena por ese desistimiento. El Código Civil vigente en España sigue el mismo sistema: "Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra-venta, dice el artículo 1.454 del Código Civil español, podrá rescindirse el contrato, allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas". De donde resulta que en España las arras previstas en el Código Civil son las arras penitenciales.

la ley reconoce solamente a las arras penales o confirmatorias. Sus efectos serán pues los que le atribuyan las partes.

Conviene tener en cuenta que las disposiciones sobre las arras que trae el Código Civil, son supletorias de la voluntad de las partes: "*a falta de estipulación contraria*, dice el artículo 1.263, lo que se da en arras al tiempo de la celebración del contrato o con anterioridad a este acto, se considera como garantía de los daños y perjuicios para el caso de contravención". Por lo cual, como se dijo, las partes pueden en los convenios sobre arras que celebren pactar las arras que deseen y atribuir a éstas carácter penitencial o meramente confirmatorio. Rige aquí el principio de la autonomía de la voluntad en toda su extensión[42]. Desde luego, quien pretenda

42 La autonomía privada, sin embargo, no podrá contradecir las normas legales de carácter imperativo, en particular, las normas sobre protección de los consumidores y usuarios (arg.: *ex* arts. 6º del Código Civil y 2º de la Ley de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios). Por lo cual, a nuestro modo de ver, no son válidos en los contratos de adhesión que se celebren con los consumidores, entre otros, aquellos convenios sobre arras que limiten la responsabilidad del proveedor en el supuesto previsto en el artículo 73 (numeral 1) de la precitada ley. Tampoco son válidos los convenios que estipulen la entrega de arras manifiestamente excesivas por parte del consumidor como, por ejemplo, aquellas de cuantía muy elevada en relación con la de la obligación que garantizan, o con los daños y perjuicios previsibles según la experiencia común en casos semejantes, o aquellas que sobrepasen significativamente el monto de los daños reales que el incumplimiento le produzca al proveedor; o cuando se le niegue al consumidor la posibilidad de probar que no se ha producido un daño indemnizable o que la cuantía del mismo es sustancialmente inferior a la cantidad representada por las arras entregadas en garantía. Estas cláusulas muy probablemente califiquen como abusivas y, por ende, ineficaces de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 70 (primer aparte) y 74 (numeral 7) de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. Asimismo, habrán de calificarse como abusivos aquellos pactos sobre *arras penitenciales* que permitan que el proveedor se quede con las cantidades entregadas en tal concepto por el consumidor, si éste desiste del contrato aún después del vencimiento del plazo que tiene para retractarse *ex* artículo 73 de la precitada ley, sin que se prevea el derecho del consumidor de recibir del proveedor un importe doble, si es este último el que desiste del contrato; o aquellos convenios que contemplen la entrega de arras *simplemente confirmatorias* (pagos anticipados) de cierta entidad económica, sin contrapartida para el consumidor privándosele de esta forma de una cantidad impor-

que las arras sean penitenciales o meramente confirmatorias deberá aportar la prueba de la voluntad conforme de las partes[43].

La determinación del carácter de las arras entregadas en el momento de la celebración del contrato requiere, en caso de duda, investigar la finalidad común perseguida por las partes. En definitiva el contrato adecuadamente interpretado e integrado ofrecerá la medida para determinar en cada caso cuál ha sido la voluntad de las partes en relación con el carácter o tipo de arras entregadas al tiempo del contrato o con anterioridad a su celebración, a cuyo efecto será necesario tomar en cuenta no tanto el significado literal de las palabras sino el propósito y la común intención de las partes (arg: *ex* art. 12 del Código de Procedimiento Civil)[44]. Es ésta, en definitiva, una cuestión de hecho reservada al poder de apreciación de los jueces de instancia y que escapa a la censura de casación. Desde luego, si se trata de arras entregadas con ocasión de la celebración de un contrato mercantil, en caso de duda, particular relevancia tendrán los usos y costumbres vigentes en una determinada localidad, así como el carácter que habitualmente le asignen los contratantes a las arras en los contratos que celebren entre ellos (arg.: *ex* art. 9 del Código de Comercio).

Por consiguiente, el carácter simplemente confirmatorio, penal o penitencial de las arras depende de la voluntad de las partes contratantes pero, para suplir la falta de una voluntad diversa al respecto, la ley presume que lo dado en arras constituye una garantía de los daños y perjuicios para el caso de contravención (art. 1.263)

---

tante durante un período largo de tiempo sin que existan razones objetivas para ello y sin que se le ofrezca al consumidor nada a cambio.

43 *Cfr.* GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 924.

44 La doctrina y la jurisprudencia italianas se han encargado de señalar que corresponde en última instancia a la autoridad judicial determinar si las arras revisten carácter penal, puramente confirmatorio o penitencial, pudiendo inferir del monto exiguo de las mismas su carácter puramente confirmatorio. Al respecto, véase: LOMBARDI, Mario: *op. cit.* p.p. 46-47, especialmente las notas 2 y 3 y la jurisprudencia de los tribunales italianos allí citada.

y que las arras recibidas lo han sido a título de una liquidación anticipada de los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento (arras penales); motivo por el cual la autoridad judicial no puede acordar a la parte cumplidora del contrato a título de resarcimiento, ni una suma mayor ni una menor (art. 1.276).

Por lo demás, como los contratos se celebran para ser cumplidos, es perfectamente razonable que los contratantes que entreguen arras, sólo por excepción y no como regla general se reserven la facultad de desistir del contrato celebrado[45]. Por lo cual, es lógico presumir, como lo hace el artículo 1.263, que las arras entregadas revistan carácter penal y no penitencial.

Desde luego, si las partes pactaron otra clase de arras, éstas tendrán los efectos que les correspondan según su naturaleza y no los de los artículos 1.263 y 1.276 del Código Civil que sólo se producen cuando los contratantes hayan pactado arras penales. En efecto, no es lógico suponer que siempre que existan arras, éstas se regirán por lo dispuesto en las precitadas disposiciones legales. El Código Civil admite la libertad de pactos y no prohíbe pactar otro tipo de arras. Además en la celebración de dichos pactos, al menos en principio, no están interesados ni el orden público ni las buenas costumbres.

3. Arras penales o confirmatorias: su función

Mientras las arras penitenciales no refuerzan el vínculo sino que lo debilitan puesto que legitiman el desistimiento unilateral del contrato[46], las arras penales que consagra el Código Civil constitu-

---

45 *Cfr.* LOMBARDI, Mario: *op. cit.* p.p. 11-12.

46 En la doctrina española, Hernández Gil al referirse a la debilitación del vinculo que producen *las arras penitenciales* expresa que "desde un punto de vista económico, no siempre ha de existir una debilitación; el que ha entregado las arras o quien las recibió, queda obligado, por así decirlo, económicamente, puesto que el optar por el cumplimiento puede suponer para su patrimonio un detrimento de menor entidad que si se decide por el desistimiento." (HERNÁNDEZ GIL, Félix: *op. cit.* p. 81).

yen una medida de reforzamiento del derecho del acreedor al resarcimiento o, si se quiere, una cautela[47] contra el resarcimiento[48].

Las arras a que se refieren los artículos 1.263 y 1.276 constituyen, en esencia, un negocio resarcitorio; son, como dice la ley, una garantía –en el más amplio sentido de esta expresión–[49] de

---

En nuestro concepto, las arras penitenciales, a diferencia de las arras penales o la cláusula penal, no son un medio de reforzamiento del crédito sino que lo debilitan, puesto que legitiman el desistimiento. No obstante, constituyen un medio de garantía (en el más amplio sentido de este término) de las obligaciones puesto que aunque limitan el monto del resarcimiento, relevan al acreedor de la necesidad de probar el daño causado por dicho desistimiento.

47 La palabra *cautela* se utiliza en el texto en el sentido de medio de precaverse contra las consecuencias nocivas que puedan producirse para una persona o su patrimonio. *Cfr.* LOMBARDI, Mario: *op. cit.* p. 51.

48 *Cfr.* DE RUGGIERO, Roberto: *Instituciones de Derecho Civil.* Tomo II (Vol. I). Traducción castellana de Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Instituto Editorial Reus. Madrid, *s.d.* p. 161; TRIMARCHI, Pietro: *Istituzioni di Diritto Privato*. Giuffrè Editore. Milano, 2007. p.p. 363-364. En cambio, según Miccio, la intención del legislador al regular *las arras penales o confirmatorias* no es tanto consagrar un mecanismo de reforzamiento del crédito o de su tutela preventiva, sino "solamente proporcionar un instrumento de simplificación de la fase patológica de la relación, vale decir del incumplimiento" (MICCIO, Renato: *I diritti di credito. Il contratto.* U.T.E.T. Torino, 1977. p. 520).

49 Cabe anotar, sin embargo, que aunque *las arras cumplen una función de garantía, no atribuyen a su titular un derecho real de garantía*, con la consiguiente facultad de hacer vender judicialmente la cosa dada en garantía para cobrarse con su precio el importe del crédito adeudado. Las arras dadas en garantía tienen una eficacia traslativa (*infra*, Nº II,4) y constituyen una liquidación anticipada y predeterminada de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento; por lo cual, ante la inejecución culposa, quien las recibió puede retenerlas en pago de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato. Quien las entregó, por su parte, puede, como se dijo, exigir su restitución doblada en caso de incumplimiento por parte del otro contratante. La pérdida de las arras es automática en el sentido de que *accipiens* las hace suyas inmediatamente, sin que se requiera en este supuesto la venta judicial de las arras para la satisfacción del crédito que ellas garantizan. Por consiguiente, quien recibió las arras dispone anticipadamente de una "garantía", en el más amplio sentido de esta expresión, frente al riesgo de inejecución de la prestación, en la medida que el incumplimiento del contrato lleva aparejada automáticamente la pérdida de lo entregado como pena por el incumplimiento, sin que por otra parte ello impida al contratante cumplidor demandar la ejecución del contrato. Por consiguiente, las arras son un mecanismo de reforzamiento y tutela del derecho del acreedor al resar-

los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento. El artículo 1.258, al referirse a la cláusula penal, la define como "la compensación de los daños y perjuicios (que experimenta el acreedor) por el incumplimiento de la obligación principal". Esta noción se aplica igualmente a las arras que constituyen una modalidad especial de la cláusula penal[50]. Se trata pues de un mecanismo de "determinación (preventiva) de los daños y perjuicios" (Código Civil, artículo 1.276) que fijan las partes y que se aparta de las reglas generales que gobiernan el resarcimiento[51]. Al servir de reforzamiento indirecto del crédito y de resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento culposo (carácter satisfactorio), las arras cumplen una función análoga a la cláusula penal[52] pero con una di-

---

cimiento y cumplen una función de "garantía" del crédito, aunque no constituyen una garantía real en sentido técnico jurídico. Es decir, el hecho de que las arras tengan una causa o función de garantía no significa que ellas confieran un "derecho real de garantía".

50 En la doctrina italiana, Polacco afirma que las arras suponen una cláusula penal impropia distinta de la propia porque aquello que constituye su objeto se entrega anticipadamente (POLACCO, Vittorio: op. cit. <Parte Prima>. p. 637). En el mismo sentido, véase: BARASSI, Ludovico: op. cit. Vol. III p. 489; DE CUPIS, Adriano: op. cit. p. 523; PACIFICI-MAZZONI, Emidio: Istituzioni di Diritto Italiano. Vol. V. Firenze, 1873. p. 86. En la doctrina nacional, Kummerow afirma que las arras penales o confirmatorias "adoptan la naturaleza de una verdadera cláusula penal con modalidades particulares" (KUMMEROW, Gert: op. cit. p. 22). En el mismo sentido, en la jurisprudencia nacional, véase: Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 9 de julio de 2009 (caso: Ada Preste de Suárez y Santiago Suárez Ferreyro contra Desarrollos 20699 C.A.). Consultada en www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Julio/RC.00358-9709-2009-09-051.html; Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 18 de junio de 2009 (caso: Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores, ANAUCO). Consultada en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/835-18609-200907-0177.html; Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 18 de diciembre de 2006 (caso: Inversiones PP001 C.A.). Consultada en www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Diciembre/Rdel-011032-181206-05331.htm.

51 *Cfr.* MAZEAUD, H., L. y J.: *op. cit.* (Parte Tercera. Vol. III). p.p. 74-75; STARCK, Boris: *Droit Civil* (Obligations). París, 1972. p.p. 394-396.

52 *Cfr.* MESSINEO, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo IV. Traducción castellana de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1.971. p. 448.

ferencia importante, al menos para quien las recibe: como las arras suponen una entrega real (*infra*, Nº II,1,5,d), se encuentran bajo el poder del *accipiens* desde el momento del perfeccionamiento del contrato[53]. Por lo cual, el crédito de este último ofrece mayores seguridades que el crédito del acreedor garantizado con una cláusula penal, aun cuando la obligación que aquél adquiere, en su caso, de restituir las arras dobladas es sólo eso, una obligación y nada más. Es decir, a diferencia del crédito del receptor de las arras, el del dador no se garantiza con entrega alguna, sino con la obligación de devolverlas duplicadas que asume el receptor, lo que constituye, simplemente una pena convencional que se le impone en caso de inejecución del contrato[54].

Lo dado en arras a título de una liquidación anticipada de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato puede ser superior o inferior al daño efectivamente causado. No importa. De nada servirá admitir y aun probar que no han existido daños, o que su cuantía es superior o inferior a la cantidad que se entregó en concepto de arras. Cuando la parte cumplidora del contrato no prefiere exigir su ejecución, no puede pedir a título de daños sino el importe de las arras.

Ahora bien, como en el caso de inejecución culposa, las arras, al igual que la cláusula penal, representan la medida del daño resarcible independientemente de la prueba concreta y efectiva de la existencia y del monto del mismo, el acreedor queda relevado de la carga de demostrar el *an* y el *quantum* del daño sin que le sea dable al deudor incumpliente exonerarse de la pérdida de las arras o de su restitución doblada. De donde resulta que ese instituto se configura como un poderoso estímulo a la ejecución en especie de

53 La semejanza de funciones que cumplen ambos institutos en lo concerniente al resarcimiento del daño y a la protección del vínculo obligatorio – aunque no existe unanimidad de criterios para atribuir esta última función a las arras – hizo que algunos códigos como el italiano, el suizo de las obligaciones, el alemán y el venezolano regularan en el mismo lugar las arras y la cláusula penal.

54 *Cfr.* BUTERA, Antonio: *op. cit.* p. 595; LOMBARDI, Mario: *op. cit.* p. 52.

la obligación principal debido al temor que produce en el deudor de verse constreñido, en caso de incumplimiento del contrato, a perder las arras entregadas, o a tener que devolver el doble de las recibidas (*función penal de las arras*). Las arras actúan pues como una medida compulsiva del cumplimiento contractual[55].

En esencia, *la función de las arras* (así como la de la cláusula penal) *es fundamentalmente de carácter resarcitorio*. A través de este mecanismo se garantiza el resarcimiento de los daños y perjuicios e indirectamente el cumplimiento del contrato. El derecho de crédito queda reforzado: al eximirse al acreedor de la carga de la prueba de la existencia y del *quantum* del daño, el derecho de crédito no queda expuesto a la suerte y a las vicisitudes del juicio y desaparece toda incertidumbre sobre la responsabilidad y la extensión de la reparación, con lo cual se logra un eficaz reforzamiento del vínculo obligatorio. El acreedor obtiene un título que lo faculta para obtener un resarcimiento seguro y oportuno. Así concebidas, las arras que disciplina nuestro Código Civil constituyen una garantía del cumplimiento del contrato mediante la amenaza que representa para las partes la pérdida de las arras o su devolución por duplicado en caso de incumplimiento; o, dicho de otro modo, con la voluntaria entrega y aceptación de las arras los contratantes establecen preventivamente un instrumento de liquidación de los daños y perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento del contrato.

La eficacia de las arras para constreñir al deudor al cumplimiento y la garantía que representan para el acreedor es muy superior a la que ofrece la cláusula penal. Conviene recordar que la obligación que contiene la cláusula penal, en definitiva, no es más que una obligación igual, en esencia, a la obligación principal que

55 Este planteamiento lo comparte unánimemente la doctrina. Al respecto, por todos, véase: TRABUCCHI, Alberto: *op. cit*. p. 735; MESSINEO, Francesco: *Doctrina General... cit.* Tomo I. p. p. 221-222; DE CUPIS, Adriano: *op. cit.* p.p. 523-524; DIEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. I. Editorial Tecnos. Madrid, 1972. p. 578; AFONSO RODRÍGUEZ, María Elvira: *op. cit.* p. 139.

se asegura mediante su estipulación. De manera que tanto puede incumplirse la obligación principal, como la obligación sustitutiva representada en la cláusula penal, en cuyo caso el acreedor para obtener la satisfacción de su interés tendrá que entablar un juicio contra el deudor incumpliente, con la consiguiente pérdida de tiempo y dinero que ello comporta a lo que se suma la incertidumbre sobre la decisión judicial que habrá de recaer en el proceso. Si se opta, en cambio, por entregar unas arras en el contrato, y no se realiza la prestación debida, el acreedor no tiene más que retenerlas. El deudor, por su parte, sabe que si no realiza la prestación debida, su conducta tendrá automáticamente consecuencias reales negativas para él, pues perderá las arras que entregó. Además, si hubiere cualquier desacuerdo al respecto, es él quien tendrá que demandar cargando con todos los inconvenientes que ello trae consigo[56].

En resumidas cuentas, las principales funciones que cumplen las arras previstas en los artículos 1.263 y 1.276 son reforzar el vínculo por la amenaza que supone la pérdida de las arras o su restitución doblada, así como servir de mecanismo de liquidación anticipada de los daños y perjuicios resarcibles en caso de que la parte no infractora renuncie al cumplimiento conformándose con las arras.

Desde luego, por vía de excepción, las arras penales no cumplen adecuadamente su función si las partes no calcularon adecuadamente el monto de los eventuales daños y perjuicios y el mismo sobrepasa considerablemente el valor de las arras, no pudiendo el acreedor obtener del deudor el cumplimiento en especie de la obligación principal. En tal caso las arras podrían hasta estimular el incumplimiento puesto que al deudor probablemente le resulte económicamente más ventajoso incumplir que realizar la prestación debida. De donde resulta que el temor de la pérdida de las arras constituye un poderoso estímulo para el cumplimiento y, por tanto, el crédito queda reforzado, pero esta función de las arras – y,

56 *Cfr.* DÍAZ-ALABART, Silvia: *op. cit.* p. 4.

también de la cláusula penal, – no se cumple cabalmente cuando el daño es liquidado preventivamente por una cuantía inferior al daño realmente experimentado[57].

4. Eficacia traslativa de las arras

Las arras consisten en la dación de una cosa (*datio rei*). En esto se diferencian de la cláusula penal que es un simple pacto sin dación actual.

A menudo con el mismo término se designa tanto el negocio constitutivo de la garantía (*el pacto sobre arras, pacto arral o convenio de arras*), como el objeto que se entrega por el título que examinamos.

En virtud del pacto sobre arras, la entrega de las cosas produce la transferencia de propiedad de las mismas, que pasan así del patrimonio de quien las entrega al patrimonio de quien las recibe. El pacto sobre arras presupone pues *la transferencia de la propiedad* de las mismas[58], con las consecuencias que derivan de ese negocio

---

57 En la doctrina española, Díaz Alabart trae el ejemplo de una venta pactada con arras penales de un cuadro que debe pintar un pintor poco conocido, y que antes de haberlo hecho obtiene un premio internacional con lo cual su cotización en el mercado artístico sube considerablemente (DÍAZ-ALABART, Silvia: *op. cit.* p. 29, especialmente, la nota 128). Empero, en este caso, a nuestro modo de ver, la parte cumplidora del contrato siempre podrá – si así lo desea – reclamar a su contraparte incumpliente el cumplimiento forzoso por equivalente y el resarcimiento integral de los daños causados (*infra*, Nº II,10,b y c).

58 Para la doctrina del Código Civil italiano de 1865, *Cfr.* BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 791; BUTERA, Antonio: *op. cit*. p. 596; FERRARA, G.: “Appunti sulla caparra” en *Diritto e Giurisprudenza.* 1957, I. p. 5; FOLIGNO, Darío: Voz “Arra poenitentialis” en *Nuovo Digesto Italiano*. T. I. U.T.E.T. Torino, 1937. p. 752; GABBA, Pietro: *Della Caparra*. Milano, 1927. p. 38. En contra, en la doctrina italiana que comenta ese código, Lombardi afirma que el receptor de las arras sólo tiene un derecho de retención sobre las mismas que, al producirse la resolución del contrato por culpa de la otra parte, se transforma en un derecho de propiedad exclusivo. Para la doctrina del *Codice* vigente, *Cfr.* BARASSI, Ludovico: *op. cit.* Vol. III. p. 490; BAVETTA, Giuseppe: *op. cit.* p.p. 8, 11 y 17; BRANCA, Giuseppe: *Instituciones de Derecho Privado*. Traducción castellana. Editorial Porrúa. México, 1978. p. 308; D’AVANZO,

traslativo a título oneroso como, por ejemplo, la posibilidad que tiene el *accipiens* de disponer de las arras desde la entrega, la traslación de los riesgos, el saneamiento debido en caso de evicción, etc[59]. Algo similar al carácter traslaticio de las arras se produce en el mutuo o préstamo de consumo por efecto del cual el mutuario se hace propietario de la cosa que se le dio en préstamo (Código Civil, artículo 1.736). Desde luego, al producirse la transmisión de la propiedad de las arras las mismas se confunden con el patrimonio del *accipiens*.

De acuerdo con la doctrina clásica, la transferencia del dominio sobre las arras no es, sin embargo, pura y simple sino que se encuentra sujeta a una condición suspensiva, esto es, a la eventua-

---

Walter: *op. cit.* T. II. p. 896; MIRABELLI, Giuseppe: "Delle obbligazioni – Dei contratti in generale" en *Commentari del Codice Civile*. U.T.E.T. Torino, 1980. p. 266. En contra, en la doctrina italiana que comenta el *Codice* de 1942, Trimarchi afirma que "no hay transmisión de propiedad alguna: por tanto, no se trata de un pacto con efectos reales, sino obligacionales. Lo único que se transmite sobre las arras entregadas es la posesión. Para transmitir la propiedad de las mismas – entiende este autor – sería preciso un pacto específico en ese sentido" (TRIMARCHI, Michelle: *op. cit.* § 4). En la doctrina nacional, en favor de la eficacia traslativa de las arras, el profesor José Luis Aguilar Gorrondona expresa que "las arras presentan la ventaja de que con ello se adquiere la propiedad de la "garantía" (la suma de dinero), lo que permite disponer de ella desde el momento de la entrega y excluye todo riesgo de que se pretenda alegar la comisión del delito de apropiación indebida". (AGUILAR GORRONDONA, José Luis: "Dictamen" en VEGAS ROLANDO, Nicolás: *op. cit*. p. 98).

59 En el ordenamiento alemán, en cambio, la entrega se configura a modo de depósito con el consiguiente derecho de retención. De acuerdo con ese sistema no se transmite pues la propiedad del objeto, sino que se puede retardar su devolución, mientras el derecho de crédito no sea satisfecho. Tal y como afirma Enneccerus, se unen dos tipos de garantía de la obligación: las arras propiamente dichas y el derecho de retención que ellas comportan; por lo cual, se prolonga la posesión como consecuencia de aquél crédito (ENNECCERUS, Ludwig y LEHMANN Henrich: *op. cit.* Tomo II. Vol. I. p. 185). A nuestro modo de ver, esta conformación no se compadece ni con la naturaleza ni con la función de las arras y entorpece el tráfico jurídico. Tal y como se indica en el texto, *por lo que al Derecho venezolano concierne*, el *accipien*s adquiere con la entrega la propiedad de las arras con el consiguiente poder de disposición sobre las mismas, sujeto a la condición de que cumpla con la prestación que debía realizar.

lidad del incumplimiento y a la resolución del contrato principal para cuya seguridad se pactan las arras[60]. Según otros autores, la transmisión de la propiedad de las arras se encuentra sujeta a la condición resolutoria de que se mantenga el contrato[61]. A nuestro modo de ver, con la entrega de las arras se transmite la propiedad de las mismas condicionada al incumplimiento del dador y a que el receptor de las arras cumpla con la prestación que debía realizar, puesto que si no llega a producirse el incumplimiento, deberán devolverse o se imputarán al precio adeudado, si fuere el caso; y si quien incumple el contrato es el *accipiens*, tampoco puede pretender retener las arras sino que tendrá que devolverlas duplicadas.

Por su carácter traslaticio, las arras constituyen un mecanismo de garantía del resarcimiento más eficaz que *la prenda* que sólo transfiere al acreedor la posesión del objeto pignorado sin que le sea dable a éste apropiarse de la prenda sin intervención judicial (Código Civil, artículo 1.844). Las arras, por otra parte, constituyen un refuerzo del crédito más eficaz que *el derecho de retención* que tampoco atribuye a su titular la propiedad de las cosas retenidas en garantía del crédito del poseedor o detentador contra aquél a quien la cosa pertenece o le es debida[62].

Sin transmisión de la propiedad no cabe hablar de arras. La no traslación del dominio desnaturaliza esta figura transformándola en una entrega a título de depósito, prenda o configurándola como un principio de ejecución del contrato.

60 Al respecto en la doctrina francesa ya Pothier, al referirse a las arras penitenciales, afirmaba que con la entrega de las arras se transfería la propiedad condicional sobre las mismas (POTHIER, R.J.: Traités du Contrat de Vente et des Retraits. Tome III dans les *Oeuvres* de Pothier publiée par M. Siffrein. Paris, 1.821. p. 297). En la doctrina italiana clásica, en el mismo sentido, pero refiriéndose a las arras confirmatorias o penales, véase: BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 791. En la doctrina nacional, véase: KUMMEROW, Gert: *op. cit.* p. 26.

61 Al respecto, véase: D'AVANZO, Walter: *op. cit.* p. 896; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: *op. cit.* p. 70.

62 Para un análisis del derecho de retención en nuestra legislación civil, véase: BURGOS VILLASMIL, José Ramón: *El Derecho de Retención en el Código Civil Venezolano*. Caracas, 1.966. p.p. 14-16.

El carácter real y traslaticio de las arras, se insiste, pone de relieve la función de reforzamiento del crédito que ellas cumplen para la parte que las recibe. Ésta puede, en caso de inejecución culposa del contrato principal, autoliquidar su crédito apropiándose de las arras, sin que sea necesario acudir a la autoridad judicial para reclamar la entrega[63]. Además, las arras aprovechan, aunque en forma diversa y por supuesto menos eficaz, al dador puesto que éste adquiere, sujeto a la condición suspensiva del incumplimiento del contrato principal por parte del receptor, un derecho de crédito cierto e indiscutible.

5. Caracteres del pacto sobre arras

Como indicamos poco antes, generalmente se considera que las arras están constituidas por la entrega de una cosa que un contratante hace a otro con el fin de asegurar un contrato, confirmarlo, garantizar su cumplimiento o facultar el derecho a desistir de él (*supra*, Nº I,1).

Se toma en cuenta, pues, el aspecto material de las arras, o sea su entrega, olvidando que esta entrega no tiene significado jurídico alguno si no es el resultado de un acuerdo de voluntades de los contratantes para conferirle el carácter de arras[64]. Este acuerdo de voluntades es denominado usualmente *pacto sobre arras, pacto arral o convenio de arras* que puede ser definido como la cláusula incluida en o que se refiere a un contrato – llamado "principal o básico" – en virtud de la cual se conviene en otorgar a esta entrega los efectos jurídicos que las partes desean darle, según la clase de arras de que se trate[65].

---

63 *Cfr.* BERNAD MAINAR, Rafael: *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo II. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 2006. p. 255; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II. p. 946; MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Garantías Mercantiles*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2007. p. 200.

64 *Cfr.* D'AVANZO, Walter: *op. cit.* p. 895.

65 *Cfr.* BAVETTA, Giuseppe: *op. cit.* p.21; DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel: *op. cit.* Tomo VI. p. 158.

En la mayoría de los casos se trata de un pacto que se incluye en el contrato principal, por ejemplo, en una compra-venta. Pero nada impide que las partes convengan en el contrato principal y que luego pacten un convenio accesorio de arras. Tal sería el caso de un contrato de compra-venta de ejecución diferida celebrado por las partes, que con posterioridad convengan en la entrega de arras penales por parte del comprador al vendedor para asegurar el pago del precio[66]. Dicho en otras palabras, el pacto sobre arras puede ser una estipulación incluida dentro del contrato principal o un contrato en sí mismo, pero siempre accesorio.

El pacto sobre arras tiene los siguientes caracteres generales: es un contrato unilateral, a título oneroso, accesorio y de carácter real. Adicionalmente, el pacto sobre arras, en principio, solamente puede garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación contractual. Nos toca ahora analizar los caracteres de ese pacto.

a) El pacto sobre arras es un contrato unilateral

Cuando se entregan arras para garantizar los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento de un contrato, solamente la parte que recibe las arras asume frente a su co-contratante la obligación de restituirlas dobladas. Solamente quien recibe las arras es el que queda obligado, en virtud de haberlas recibido, a una prestación *ad duplum* suspensivamente condicionada al supuesto de que el incumplimiento le sea imputable[67]. En cambio, el dador de las

66 Al respecto, véase: BAVETTA, Giuseppe: *op. cit.* p.p. 92 y ss.

67 *Cfr.* BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 791; AFONSO RODRÍGUEZ, María Elvira: *op. cit.* p. 89. En contra, véase, BORSARI, Luigi: *Commentario del Codice Civile*. Vol. III. Parte II. Torino, 1877. p.p. 533 y ss. Igualmente en contra, en la doctrina peruana, De la Puente y Lavalle afirma que "en realidad, el pacto arral es una declaración que otorgan ambas partes para establecer el sentido que debe otorgarse a la entrega de las arras al celebrarse el contrato principal, por lo cual obliga a ambas, o sea que es un contrato con prestaciones bilaterales" (DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel: *op. cit.* Tomo VI. p.p. 206-207).

arras no asume obligación alguna sino que realiza un acto traslativo del dominio[68]. Si bien ese acto está sujeto a una condición, el mismo no constituye, en rigor, un *vinculum iuris* sino una transferencia actual de la propiedad de las arras, sometida a la realización de un evento futuro. El que entrega las arras no contrae ninguna obligación propia y verdadera, pues sólo transfiere la propiedad de las arras bajo la condición de que el receptor cumpla el contrato al cual dichas arras se refieren.

b) Es un contrato a título oneroso

En razón de la celebración del convenio de arras ambas partes se procuran recíprocamente una ventaja patrimonial mediante un equivalente: quien recibe las arras adquiere la propiedad de las cosas entregadas por el título que examinamos y quien las entrega se asegura mediante la dación un derecho de crédito a la restitución doblada de las arras entregadas[69]. Sólo cabe hablar de arras (penales) si junto con la entrega de las mismas, el *accipiens* asume la obligación de restituirlas dobladas en caso de que la inejecución del contrato le sea imputable[70] (*arras con eficacia recíproca*), salvo que se haya pactado que las arras garantizan también el incumplimiento por causa extraña involuntaria, en cuyo caso basta con el elemento objetivo del incumplimiento. El pacto sobre arras que

68 Así, desde la perspectiva del dador de las arras, éstas presentan un *carácter real*; en cambio, desde la posición del receptor, las mismas tienen un *carácter personal u obligatorio*. Dicho en otros términos, el pacto sobre arras hace surgir dos relaciones diferentes: una de carácter real que se concreta con el entrega efectiva de las arras y otra de carácter personal que se configura con el compromiso de devolverlas duplicadas. Al respecto Trimarchi afirma que en el instituto arral concurren "idealmente" dos pactos: uno real y otro obligacional que representan la diferente posición efectiva del *tradens* y del *accipiens* (TRIMARCHI, Michele: *op. cit.* § 4).

69 *Cfr.* BAVETTA, Giuseppe: *op. cit*. p.p. 62 y 90.

70 Desde luego, en ejercicio de su libertad contractual las partes pueden acordar que la restitución sea por un monto mayor o menor que el doble de las arras legalmente fijado. *Cfr.* SARFATTI, Mario: *op. cit.* p. 683, especialmente, las notas 2 y 3 y la jurisprudencia italiana allí citada.

no tenga esta eficacia recíproca tiene más bien el carácter de una cláusula penal[71].

El carácter oneroso del acto despliega su influencia en todos aquellos casos en los cuales cobra relevancia jurídica la distinción entre actos a título gratuito y actos a título oneroso como, por ejemplo, a los efectos de la responsabilidad por saneamiento en caso de evicción (Código Civil, artículos 1.458 y 1.504); para la configuración del *consilium fraudis* como supuesto de procedencia de la acción pauliana (Código Civil, artículo 1.279); por lo que respecta a la validez, eficacia y oponibilidad de los actos realizados por el heredero aparente (Código Civil, artículo 1.001); a los fines de la declaración de nulidad de los actos realizados por el deudor fallido después de la época de la cesación de pagos (Código de Comercio, artículo 945), etc.

c) Es un contrato accesorio

El pacto sobre arras no cumple un fin contractual propio sino que se celebra para garantizar un contrato o negocio principal (bilateral) del cual depende[72]. Las arras carecen de sentido por sí solas. De donde resulta que no hay que confundir las arras con los elementos esenciales del negocio principal para cuya seguridad se pactan las mismas. Las arras no tienen pues nada que ver con la falta de los requisitos exigidos por la ley para la existencia o la validez del contrato. Así, no constituyen arras las cantidades de dinero entregadas a cuenta o como mero anticipo del precio cuando se celebra un contrato de compra-venta porque, como sabemos, el precio es un elemento esencial de la compra-venta[73]; lo que no impide que las arras puedan imputarse al precio de la venta en caso de ejecución del contrato, si así lo acuerdan las partes (*infra*, Nº II,16).

---

71 La jurisprudencia de los tribunales españoles es pacífica al respecto. En tal sentido, véase: DÍAZ-ALABART, Silvia: *op. cit.* p. 37, especialmente, las notas 155 y 156 y la jurisprudencia allí citada.

72 *Cfr.* SARFATTI, Mario: *op. cit.* p. 685.

73 *Cfr.* BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 791.

Como consecuencia de este carácter accesorio, la regla es que las arras siguen la suerte del negocio principal del cual dependen y, por tanto, si éste se extingue o es nulo también se extinguen o caen las arras pues *accesorium sequitur principale.* Si el contrato principal para cuya seguridad se pactaron las arras es nulo, procede la devolución de las arras entregadas, ya que desaparece la causa de la entrega. Si el contrato principal es anulable, la misma suerte siguen las arras. Si aquél se confirma, también resultan confirmadas las arras. Sin embargo, la situación inversa no es cierta, porque la extinción o nulidad de las arras no afecta en nada al contrato principal el cual conserva su validez[74]. Por ejemplo, la nulidad de las arras que enmascaran unos intereses usurarios o que se encuentran afectadas por un vicio del consentimiento no se comunica al contrato principal. Por excepción, la nulidad de las arras determina la nulidad del contrato principal para cuya seguridad se pactan en el supuesto de que así lo hayan acordado las partes, es decir, cuando la validez del pacto sobre arras hubiese sido determinante del consentimiento prestado para la celebración del contrato y así lo hayan indicado o hecho suponer inequívocamente las partes.

Ahora bien, la accesoriedad de las arras no impide que éstas se configuren como un negocio autónomo con unos particulares requisitos de forma y de fondo exigidos por la particular naturaleza jurídica de esta figura[75].

Por último, en ciertos casos, por excepción, las arras pueden sobrevivir a la extinción del contrato principal para garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de su terminación como, por ejemplo, en el caso de la nulidad de la venta de la cosa ajena (arg.: *ex* art. 1.483 del Código Civil). Es decir si no obstante la nulidad de la venta de la cosa ajena, deben pagarse daños y perjuicios *ex* artículo 1.483 del Código Civil, nada impide que éstos sean

74 *Cfr.* D'AVANZO, Walter: *op. cit.* p. 895.
75 *Cfr.* BAVETTA, Giuseppe: *op. cit.* p.p. 21 y ss.; TRIMARCHI, Michele: *op. cit.* § 3.

contractualmente fijados y garantizados mediante la estipulación de una cláusula penal, o en su caso, mediante la entrega de arras[76].

d) Es un contrato real

El pacto sobre arras se perfecciona mediante la entrega de las cosas (*re perficitur*)[77]. La existencia de las arras presupone pues como elemento esencial la entrega de la cosa. Esta característica del negocio que versa sobre arras proviene del Derecho romano y es una consecuencia de la finalidad de esta figura. Con la promesa de entrega sin traspaso efectivo, las arras no cumplirían su cometido[78]. En efecto, el refuerzo del crédito del acreedor se obtiene porque éste dispone ya anticipadamente de una cantidad de dinero o de otras cosas fungibles que representan una liquidación preventiva de los daños y perjuicios derivados de la inejecución del contrato y que le garantizan la satisfacción de su interés.

El Código Civil pone de manifiesto el carácter real de las arras cuando se refiere a las arras entregadas y recibidas y cuando utiliza la expresión “lo que se da en arras” (art. 1.263). Por lo cual, si no se ha producido la entrega no hay arras[79].

---

76 *Cfr*. DEMOLOMBE, C.: “Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général”. (Tome III) en *Cours de Code Napoleon*. Vol. XXVI. París, 1880. Nº 639; COLMET DE SANTERRE: *Cours Analytique du Code Civil*. Tome V. París, 1.873. p. 163; GIORGI*:* Jorge: *op. ci.* Vol. IV. p.p. 470-472. En contra KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *La cláusula penal*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981. p.p. 66-68.

77 Sobre el particular, el acuerdo de la doctrina es casi unánime. Por todos, véase: POTHIER, R.J. *op. cit.* Tome III. p. 297; GAUDEMET, Eugene: *op. cit.* p. 291; BIANCA, C.M.: “Il Contratto”en *Diritto Civile*. Vol. III. Giuffrè. Milano, 2000. p. 706; D’AVANZO, Walter: *op. cit.* p. 896; GALGANO, Francesco: *op. cit.* p. 515; GABBA, Pietro: *op. cit.* p. 19; LOMBARDI, Mario: *op. cit.* p. 44; ENNECCERUS, Ludwig y LEHMANN Henrich: *op. cit.* (Primera Parte. Doctrina General). p. 184; DIEZ PICAZO, Luis: *op. cit.* p. 576; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II p. 945. En contra: DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel: *op. cit.* Tomo VI. p.p. 176-179.

78 *Cfr*. BAVETTA, Giuseppe: *op. cit.* p.p. 87-89.

79 Tal y como afirma Messineo, en las arras “el contratante no declara (ni comunica) tener una determinada voluntad, sino que da; la suya es una dación de cargas; la

Este rasgo esencial de las arras permite diferenciarlas de la cláusula penal. Ésta consiste en una obligación, en una promesa de dar o entregar una cosa en caso de incumplimiento de una obligación; en cambio, las arras requieren para su perfeccionamiento la dación actual y efectiva de una cosa que generalmente consiste en una suma de dinero, pero que pudiera ser otra cosa fungible[80] (*infra*, Nº II,7). Dicho en otras palabras, en la cláusula penal el deudor se obliga a entregar o hacer una cosa en caso de incumplimiento; en las arras el deudor debe entregar en el momento de la celebración del contrato, o con anterioridad, una cantidad de dinero u otra cosa fungible. Por consiguiente, el acreedor tiene en sus manos la garantía en caso de inejecución del contrato y no requiere de la intervención judicial para exigir su entrega. Las arras constituyen así una *cláusula penal anticipada*, es decir, una modalidad especial de cláusula penal con características propias (*infra*, Nº II,16,a)[81].

Por consiguiente, no se configura esta figura jurídica cuando no se produce la tradición efectiva de la cosa, sino sólo una promesa de entrega futura (*pactum de arrha danda*)[82]. Esta promesa es simplemente un contrato preliminar que no produce los efectos propios de las arras que los artículos 1.263 y 1.276 del Código Civil reconocen solamente al contrato definitivo. Pero el *pactum de arrha danda* puede constituir una cláusula penal si así lo acuerdan las partes.

e) En principio, solamente garantiza el resarcimiento de los daños producidos por la inejecución de un contrato.

Sólo pueden entregarse arras para garantizar el resarcimiento

---

voluntad del contratante está dirigida a la obtención de un resultado inmediato" (MESSINEO, Francesco: *Manual... cit.* Tomo IV. p.p. 447-448).

80 *Cfr.* MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *loc. cit.*

81 *Cfr.* SARFATTI, Mario: *op. cit.* p. 682.

82 En la doctrina española, Hernández Gil considera posible con base en el principio de la autonomía de la voluntad que se pacten arras obligacionales (promesa de arras); pero, advierte este autor, que tales pactos serían otra cosa y no arras (HERNÁNDEZ GIL, Félix: *op. cit.* p. 62).

de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones de fuente contractual, salvo las excepciones contempladas en la ley como, por ejemplo, en el caso de las arras que se entregan con ocasión de la promesa de futuro matrimonio (*arras esponsalicias*) previstas en el artículo 41 del Código Civil[83]. Las arras también pueden garantizar los daños y perjuicios derivados del retardo en la ejecución del contrato (arg.: *ex* art. 1.258 <primer aparte> del Código Civil) (*infra*, Nº II,10,b).

Aquí se advierte una diferencia adicional entre las arras y la cláusula penal donde, como es bien sabido, la obligación principal cuyo cumplimiento se garantiza mediante una cláusula penal puede provenir de un contrato o de cualquier otro negocio jurídico y aún de un ilícito civil o penal[84].

6. Campo de aplicación de las arras

Las arras solamente pueden referirse a un contrato bilateral[85]. Son un mecanismo que opera en los contratos con prestaciones co-

83 De acuerdo con el artículo 41 del Código Civil, "la promesa recíproca de futuro matrimonio no engendra la obligación legal de contraerlo ni de cumplir la prestación que haya sido estipulada, para el caso de inejecución de la promesa". Con el objeto de garantizar que el matrimonio provenga del consentimiento absolutamente libre de los contrayentes, el legislador no sólo niega toda eficacia a la promesa recíproca de futuro matrimonio, sino que carecen de valor igualmente las arras intercambiadas por los novios en el acto de los esponsales. Se explica así que quien incumpla la promesa matrimonial siempre tendrá derecho a que se le restituyan las arras que haya entregado como garantía. *Cfr*. LÓPEZ HERRERA, Francisco: *Derecho de Familia*. Tomo I. Banco Exterior. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2006. p.p. 226-227.

84 *Cfr*. VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Vol. VI. p.p. 447-448; TRABUCCHI, Alberto: *op. cit*. p. 736; MÉLICH-ORSINI, José: *op. cit.* p. 571.

85 En la doctrina francesa clásica Baudry-Lacantinerie y Saignat afirman que las arras entregadas con ocasión de una promesa unilateral de venta no son propiamente arras (BAUDRY-LACANTINERIE, G y SAIGNAT, Léo: *op. cit.* Vol. XVII. p. 60). La mayoría de la doctrina italiana moderna refiere el pacto sobre arras a los contratos bilaterales. Por todos, véase: BAVETTA, Giuseppe: *op. cit*. p.p. 9-14; BRANCA, Giuseppe: *op. cit*. p.p. 308-309. En contra: TRIMARCHI, Michele: *op. cit*. § 3. Sobre el particular, véase igualmente lo que exponemos en la Sección II,12 de este trabajo, especialmente, en la nota 155.

rrespectivas en los cuales cada uno de los sujetos contratantes es deudor y acreedor al mismo tiempo. Al asumir cada sujeto contratante recíprocamente la posición de acreedor y deudor, cualquiera de ellos puede provocar el incumplimiento que es el supuesto de hecho determinante de la efectividad del pacto sobre arras. El carácter bilateral del contrato principal para cuya seguridad se pactan es un requisito esencial de las arras. Su campo de aplicación se encuentra pues restringido a las relaciones jurídicas patrimoniales en las cuales las partes se obligan recíprocamente.

El instituto de las arras tutela tanto los derechos de quien las recibe como los de quien las da[86]. Por lo cual, no es posible el pacto sobre arras en un contrato unilateral debido a que las arras asumirían aquí la función de garantía sólo respecto del *accipiens*, ya que al no quedar éste obligado, no podría incumplir el contrato, quedando así sin efecto la obligación que eventualmente pueda nacer a su cargo de restituir por duplicado lo recibido en tal concepto[87].

Ahora bien, de acuerdo con las características de esta figura, las arras penales sólo pueden pactarse en aquellos contratos bilaterales cuya ejecución se encuentre diferida en el tiempo. Las arras presuponen que el cumplimiento del contrato haya sido diferido a un momento posterior al de su celebración[88]. Sólo cabe hablar de arras cuando aún permanecen exigibles las obligaciones derivadas del contrato para cuya seguridad se pactan. Quedan pues excluidas del campo de aplicación de ese instituto todos los contratos de ejecución instantánea.

El contrato en el que con mayor frecuencia se utilizan las arras es la compra-venta de bienes inmuebles dándolas el comprador al vendedor. Sin embargo esto no quiere decir que no se puedan

86 *Cfr.* MESSINEO, Francesco: *op. cit.* Tomo I. p. 222.

87 *Cfr.* BAVETTA, Giuseppe: *op. cit*. p.p. 9, 11 y 31; DE NOVA, Giorgio: *Trattato di Diritto Privato*. Vol. III. Torino 1988. p. 313; FERRARA, G.: *op. cit.* p. 5; TRIMARCHI, Michele: *op. cit*. § 3.

88 *Cfr.* BAVETTA, Giuseppe: *op. cit*. p. 13.

pactar en cualquier otro contrato bilateral cuyo cumplimiento se encuentre diferido en el tiempo[89].

7. Objeto de las arras

Generalmente las arras consisten en la entrega de una suma de dinero lo que se explica porque esta modalidad se adapta mejor a los fines de ese instituto que impone su pérdida o restitución doblada en caso de inejecución del contrato. Al dinero se asimila cualquier otro medio de pago admitido como tal usualmente en el tráfico jurídico como, por ejemplo, títulos de crédito al portador[90].

Pero nada impide que la entrega tenga por objeto otra cosa, siempre que sea de naturaleza fungible[91]. Por consiguiente, aunque

---

89 En el Derecho comparado algunos Códigos Civiles regulan las arras con ocasión del contrato de compra-venta. Así, el Código Civil francés, cuyo artículo 1.590 está comprendido en la Sección III del Título VI del Libro III bajo el título "De la promesa de venta y las arras". Siguiendo el modelo francés, el Código Civil español regula la figura dentro del Capítulo I del Título IV, bajo el rótulo "Del contrato de compra y venta". Otros Códigos Civiles desvinculan la regulación de las arras del contrato de compra-venta. Así, el Código Civil alemán (B.G.B.) le dedica a la materia los párrafos 336 al 338, todos ellos correspondientes al Libro II, que se refiere a las obligaciones contractuales. El Código Civil italiano de 1942 se ocupa de las arras a continuación de la cláusula penal con ocasión de la regulación de los efectos del contrato en general. En la misma dirección, el Código Civil portugués le dedica tres artículos a la regulación de las arras los cuales forman parte integrante de la Subsección VIII que lleva por título "Anticipo de cumplimiento. Señal", de la Sección I (Contratos) del Capítulo II, relativo a las fuentes de las obligaciones. Del lugar que se reserva a las arras en la sistemática de los Códigos Civiles se desprende que, en algunos ordenamientos, las arras se contemplan como un mecanismo que se aplica exclusivamente al contrato de compra-venta y en otros se amplía su campo de aplicación a todos los contratos.

90 *Cfr.* DÍAZ-ALABART, Silvia: *op. cit.* p. 5, especialmente, la nota 4 y la jurisprudencia de los tribunales españoles allí citada; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: *op. cit.* p. 62. En contra: TRIMARCHI, Michele: *op. cit.* § 3.

91 A la naturaleza fungible de las arras se refiere explícitamente el artículo 1.385 del Código Civil italiano de 1942 según el cual "si en el momento del perfeccionamiento del contrato una parte da a la otra a título de arras, una suma de dinero o una cantidad de otras cosas fungibles, en caso de cumplimiento, las arras deben ser restituidas o imputadas a la prestación debida". Del mismo modo, el artículo

las arras suelen consistir en dinero, pueden serlo igualmente otros objetos fungibles. Así lo da a entender el artículo 1.263 del Código Civil que alude al "duplo" de lo recibido, lo que predica la fungibilidad de la cosa que se da en arras. Por lo cual, no sería admisible la entrega de un bien inmueble en concepto de arras[92].

La fungibilidad del objeto es una consecuencia de la restitución *in natura* que es propia del régimen de las arras penales. De no ser sustituible la cosa dada en concepto de arras, no podría repetirse el doble de lo entregado en caso de inejecución del contrato por parte de quien las recibió. Además, la entrega de una cosa no fungible impediría al acreedor apropiársela en caso de incumplimiento sin promover su venta judicial puesto que la ley prohíbe el pacto comisorio. De donde resulta que no puede tener la naturaleza de arras cualquier otro objeto que entregue un contratante a otro que no revista carácter fungible. En tal caso sólo cabría hablar de una prenda o de un depósito en garantía pero nunca de una entrega en concepto de arras[93].

---

442 del Código Civil portugués establece que las arras pueden consistir en dinero o cualquier otra cosa fungible. En nuestro ordenamiento la fungibilidad del objeto de las arras deriva del artículo 1.263 del Código Civil que alude a la obligación del *accipiens* de restituir, en su caso, el *duplo* de lo recibido. *Cfr*. MÉLICH-ORSINI, José: *op. cit.* p. 582, especialmente, la nota 123. Esta limitación excluye a los bienes inmuebles como objeto del convenio de arras.

92 En contra, en la doctrina española Scaevola expresa: "La señal o arras es una garantía real consistente en muebles o inmuebles, pero más comúnmente en dinero" (SCAEVOLA, Quintus Mucius: *op. cit.* Tomo XXIII. p. 363).

93 Cabe hacer notar, sin embargo, que un sector de la doctrina no comparte esa posición. Así, en la doctrina española, Díaz Alabart afirma: "no veo porque no podría entregarse como arras algo que no sea fungible (por ejemplo, un cuadro), siempre que se pacte previamente que en caso de que las arras han de devolverse dobladas, se entienda que se cumplió devolviendo el mismo cuadro y una cantidad de dinero equivalente a su valor en el mercado". Al referirse al artículo 1.217 del derogado Código Civil italiano de 1865 expresa Díaz Alabart que este artículo se refiere a las arras confirmatorias y "puesto que no se dice que las arras hayan de consistir en dinero o cosas fungibles – se utiliza el término genérico cosa – podrán entregarse también cosas infungibles" (DÍAZ-ALABART, Silvia: *op. cit.* p.p. 5 y 14). Igualmente, en contra, en la doctrina española, véase: HERNÁNDEZ GIL, Félix: *op. cit.*

Desde luego, las arras *meramente confirmatorias* sí pueden constituirse mediante la entrega de una cosa no fungible puesto que su función probatoria es perfectamente compatible con la entrega de cualquier objeto, independientemente de su naturaleza.

Cuando lo entregado sean cosas fungibles, la obligación de restitución se cumple mediante la entrega de cosas de la misma especie, calidad y cantidad que las que se habían entregado en arras[94]; dicho en otras palabras, en este caso la obligación de restitución se convierte en una obligación de entregar al dador de las arras una misma cantidad de cosas fungibles de la misma calidad, esto es, su equivalente exacto, llamado también comúnmente un *tantumdem*. Si no fuere posible restituir cosas de la misma calidad, en caso de inejecución del contrato por hecho imputable al receptor, éste deberá devolverlas dobladas, de una calidad media (arg.: *ex* art. 1.294 del Código Civil).

Por último, el objeto de las arras, como el de todo contrato, debe ser lícito, posible y determinado (Código Civil, artículo 1.155). Si se trata de una cosa fungible, la misma debe estar determinada desde el primer momento en su especie, calidad y cantidad, a los efectos de la entrega y transmisión de la propiedad[95].

---

p. 62. En el antiguo Derecho francés, Pothier admite la posibilidad de que puedan darse como arras cosas no fungibles en cuyo caso el receptor está obligado a devolver la cosa recibida y además el valor de la misma a juicio de los expertos que los contratantes hayan convenido (POTHIER, R.J. *op. cit.* Tome III. p. 298). Pero Pothier no acalra cuál es el momento en el que se determina ese valor. En nuestro concepto, de admitirse la posibilidad de que cosas no fungibles puedan ser dadas en arras, lo que negamos, el momento a tomar en consideración para fijar el valor sería el que aquellas tenían en el momento de su entrega y no en el de su devolución. Esto por cuanto mediante la entrega de arras penales los contratantes lo que buscan es una manera de garantizarse los daños y perjuicios en caso de inejecución del contrato en una cuantía conocida de antemano y representada por el valor de las arras.

94 *Cfr*. TRIMARCHI, Michele: *loc. cit.*; MÉLICH-ORSINI, José: *op. cit.* p. 584.

95 Como expresa Galgano: “no cabe hablar de la entrega de arras a ser determinadas en un momento posterior” (GALGANO, Francesco: *op. cit.* p. 516, especialmente, la nota 58 y la jurisprudencia italiana allí citada). En el mismo sentido: BAVETTA, Giuseppe: *op. cit*. p. 57.

8. ¿Quiénes pueden dar las arras y quiénes pueden recibirlas?

Las arras sólo pueden darlas las partes del contrato para cuya seguridad se pactan. En atención a su configuración legal, las arras no pueden ser dadas por un tercero ajeno al contrato principal (*penitus extranei*). En efecto, el artículo 1.263 (primer aparte) presupone la identidad entre el dador de las arras y *la parte*, es decir, el sujeto del contrato al cual las arras se refieren[96]. Por consiguiente, cuando un tercero entrega a una de las partes bienes de su propiedad, dicha entrega se efectúa a título de garantía para asegurar el cumplimiento de una obligación ajena, mas no en concepto de arras.

Pero las arras no necesariamente deben entregarse al otro contratante. Por lo cual, las partes pueden convenir en que las mismas se depositen en manos de un tercero sin que ello desnaturalice la fisonomía de ese instituto[97].

Ahora bien, en el caso de que la obligación principal esté constituida por una pluralidad de sujetos, es factible, que las arras sean entregadas o recibidas sólo por alguno de ellos, sea porque sólo éste convenga en hacerlo, o porque exista diversidad parcial entre los sujetos del contrato principal y los del convenio de arras[98].

En la mayoría de los casos es únicamente una de las partes la que entrega arras al otro contratante. Pero no hay impedimento

---

96 *Cfr.* BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 791; D'AVANZO, Walter: *op. cit.* p. 895. En contra, BAVETTA, Giuseppe: *op. cit*. p. 33; TRIMARCHI, Michele: *op. cit.* § 3.

97 Para la doctrina del Código Civil italiano de 1865, véase: BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 792; GIORGI, Jorge: *op. cit.* Vol. IV. p.p. 495-496. Para la doctrina del *Codice* de 1942, véase: BAVETTA, Giuseppe: *op. cit*. p. 36; TRIMARCHI, Michele: *op. cit.* § 3. En contra: D'AVANZO, Walter: *loc. cit.* De acuerdo con la doctrina española moderna, las arras pueden entregarse tanto al acreedor principal o a un tercero en cuyo caso se estaría constituyendo un depósito. Al respecto, véase: DÍAZ-ALABART, Silvia: *op. cit.* p. 6; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: *op. cit.* p. 70, especialmente, la nota 29.

98 *Cfr.* TRIMARCHI, Michele: *loc. cit.* En contra, BAVETTA, Giuseppe: *op. cit*. p.p. 15 y ss.

jurídico para que las partes mutuamente se entreguen arras (*pacto de arras dobles o recíprocas*)[99]. No obstante, se reconoce que en tal caso las arras perderían su función de garantía y de reforzamiento del vínculo sobre todo si la cantidad de dinero u objeto entregado en tal concepto fuese el mismo, en cuyo caso no estaría produciéndose ninguna modificación de la situación preexistente y las partes estarían simplemente aumentando su prestación con una entrega inicial[100]. Las arras sólo cumplirían en tal caso la función de servir de medio de prueba y confirmación de la celebración del contrato.

9. ¿En qué momento deben entregarse las arras?

Se plantea la interrogante de si las arras deben entregarse siempre con anterioridad o en el momento de la celebración del contrato para cuya seguridad se pactan, o si pueden entregarse incluso con posterioridad a su celebración.

La doctrina extranjera se encuentra dividida al respecto.

Según un sector de la doctrina[101], las arras penales o confirmatorias deben entregarse necesariamente con anterioridad o en el

---

99 Al respecto, en la doctrina italiana, véase: TRIMARCHI, Michele: *op. cit.* § 3. En la doctrina nacional el profesor José Mélich-Orsini admite esta posibilidad (MÉLICH-ORSINI, José: *op. cit.* p. 584).

100 En la doctrina italiana, Trimarchi señala que tal pacto es plenamente admisible, si bien con las inevitables complicaciones y perplejidad desde el punto de vista de los efectos que llevan consigo las arras recíprocas (TRIMARCHI, Michele: *Ibidem*). Por su parte, Bavetta expresa que aunque en pura teoría no hay problema en admitir unas arras recíprocas, éstas resultarían completamente inútiles para los fines que sirven las arras (BAVETTA, Giuseppe: *op. cit*. p. 41). D'Avanzo hace referencia a las arras recíprocas y a la polémica existente por lo que respecta a su admisión (D'AVANZO, Walter: *op. cit.* p. 895).

101 Al respecto, véase: BARASSI, Ludovico: *op. cit.* Vol. III. p. 486; BUTERA, Antonio: "La caparra come limite al risarcimento del danno" en *Giurisprudenza Italiana*. 1926, I. p. 190; DE RUGGIERO, Roberto: *op. cit.* Tomo II. Vol. I. p. 161. En Italia, el artículo 1.385 del *Codice* vigente exige que las arras se constituyan en el momento de la celebración del contrato principal. Según algunos autores, esta disposición consagra una implícita prohibición de entregar arras penales o confirmatorias en un momento distinto al de la conclusión del contrato principal. En tal sentido, véase: D'AVANZO, Walter: *op. cit.* p. 896.

momento de la celebración del contrato principal[102]. Para ello se basan en el tenor literal de la ley "lo que se da en arras *al tiempo de la celebración del contrato o con anterioridad a este acto*, dice el artículo 1.263, se considera como garantía de los daños y perjuicios para el caso de contravención".

Otros autores, en cambio, sostienen que esa disposición se limita a contemplar y disciplinar como momento del perfeccionamiento del convenio sobre arras el supuesto normal y la situación práctica más corriente, sin pretender de este modo excluir que para la válida constitución de ese pacto puedan entregarse dichas arras con posterioridad al momento de la celebración del contrato principal[103].

A nuestro modo de ver, aun cuando el carácter accesorio del pacto sobre arras exige la existencia y validez del contrato principal al cual las arras se refieren, ello no significa que únicamente puedan entregarse las arras con anterioridad o en el momento de la celebración del contrato principal. Dicha entrega puede perfectamente realizarse con posterioridad a su celebración, siempre y cuando se realice antes del vencimiento de las obligaciones que derivan del mismo.

102 Desde luego, si las arras se constituyen antes de la celebración del contrato, sus efectos propios se encuentran condicionados a la celebración posterior del contrato cuya ejecución se pretende garantizar. La eficacia de las arras quedaría, en tal caso, sometida a la condición suspensiva del ulterior perfeccionamiento del contrato principal.

103 Al respecto, véase: BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 792; TRIMARCHI, Michele: § 3, especialmente, la nota 14 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada. En el mismo sentido Bavetta afirma que la contemporaneidad de la celebración del contrato principal no constituye un requisito necesario para la eficacia del pacto sobre arras, ni viceversa (BAVETTA, Giuseppe: *op. cit*. p. 50). En la doctrina alemana Enneccerus, por su parte, afirma que la referencia expresa que hace el párrafo 336 del Código Civil alemán a la conclusión del contrato principal como momento constitutivo del pacto sobre arras, no permite dejar establecido que deban entenderse excluidas del B.G.B. las arras entregadas con posterioridad o con anterioridad a este momento (ENNECCERUS, Ludwig y LEHMANN Henrich: *op. cit.* Tomo II. Vol. I. p.p. 184-186).

El requisito esencial, por tanto, es que las arras (penales) se entreguen con anterioridad al incumplimiento del contrato para cuya seguridad se pactan. En efecto, aquéllas se dan como garantía del resarcimiento de los daños y perjuicios, lo que presupone el incumplimiento de la obligación contractual. Por lo cual, mientras éste no se produzca, las partes pueden entregar una suma de dinero u otras cosas fungibles a título de arras (o incluso pactar una cláusula penal), que cumplirá en tal caso su función de "garantía" y de determinación y liquidación anticipada de los daños y perjuicios. La eficacia de las arras no requiere pues que su entrega necesariamente deba preexistir o ser coetánea a la celebración del contrato principal cuyo cumplimiento ellas garantizan. Es suficiente que se entreguen antes de la inejecución del contrato. De entregarse después del incumplimiento, obviamente que se frustraría el fin u objetivo propio de ese instituto. En fin, de lo que se trata es que las arras se constituyan en un tiempo compatible con la consecución de la finalidad práctica perseguida por las partes con su incorporación[104].

El artículo 1.263 se limita pues a contemplar como momento para la perfección del pacto sobre arras el supuesto normal y más frecuente, sin pretender establecer como requisito esencial que las arras tengan que entregarse con anterioridad o en el momento de la celebración del contrato principal. Así interpretada la prescripción legal, la expresión poco afortunada de la ley tiene un valor lógico pero no rigurosamente cronológico[105].

Por consiguiente, las arras penales o confirmatorias pueden entregarse antes de perfeccionarse el contrato al cual dichas arras se refieren, en el momento en que se perfecciona el contrato, o después de su perfeccionamiento, pero siempre antes del vencimiento de las obligaciones que surjan del mismo.

104 *Cfr*. AFONSO RODRÍGUEZ, María Elvira: *op. cit.* p.p. 103-107; GARCÍA CANTERO, Gabriel: *op. cit.* Tomo XIX. p. 103.

105 *Cfr*. BOZZI, Aldo: *loc. cit.*

Desde luego, si se trata de *arras penitenciales* o *de retractación* las mismas deben entregarse antes de que haya comenzado la ejecución del contrato principal puesto que dichas arras confieren a las partes el derecho a desistir del contrato y ese derecho se pierde cuando la parte que puede hacer uso de él, hace precisamente lo contrario y comienza a cumplir el contrato[106] (*supra*, Nº I,2,c). El principio de ejecución implica la pérdida de la facultad de desistir del contrato. Por lo cual, si las arras no hubieran sido entregadas con anterioridad al principio de ejecución, no podrían ellas perderse ni devolverse duplicadas. Cualquier entrega posterior al comienzo de ejecución debe entenderse como un acto de ejecución parcial del contrato[107]. Pero si se trata de arras penales o confirmatorias propiamente dichas, como se dijo, nada impide que se constituyan aún después de iniciada la ejecución, pero siempre antes del vencimiento de las obligaciones que ellas garantizan.

Por último, por lo que respecta a las *arras de formalización o meramente confirmatorias*, al tener por objeto confirmar el contrato, se pueden pactar en todo momento. Si se pactan con posterioridad al perfeccionamiento del contrato lo reafirmarán.

En conclusión, el momento de la constitución del pacto sobre arras depende del tipo de arras que, en el caso concreto, las partes estipulen. De este modo, se podrán pactar arras con posterioridad a la celebración del contrato siempre y cuando ello no contravenga las características de las arras pactadas por las partes en cada caso.

---

106 Desde luego, si las partes establecieron un plazo para ejercer la facultad de desistir del contrato principal, pueden entonces entregarse las arras penitenciales en cualquier momento anterior a la expiración de ese plazo puesto que es a partir de ese momento que se pierde la mencionada facultad (*supra,* Nº I,2,c).

107 En contra, en la doctrina española, Hernández Gil afirma que "las arras penitenciales han de entregarse en el momento mismo de la celebración del contrato" (HERNÁNDEZ GIL, Félix: *op. cit.* p. 63).

10. Eficacia de las arras: las arras como medida y límite del resarcimiento.

El primer aparte del artículo 1.263 del Código Civil le confiere al contratante que no ha incurrido en culpa, ante el incumplimiento del contrato por su contraparte, una *facultas alternativa*: aquél tiene el derecho de darse por pagado con las arras reteniéndolas o reclamando el doble de las entregadas; o bien, exigir el cumplimiento del contrato[108]. Es evidente la similitud de esa disposición con el artículo 1.258 que impide al acreedor reclamar a un mismo tiempo la prestación principal y la pena, salvo que se la hubiese estipulado por el simple retardo.

No debe confundirse esta *facultas alternativa* con una obligación alternativa en la cual la elección corresponda al acreedor (Código Civil, artículo 1.217). En efecto, la obligación alternativa supone siempre una obligación con dos o más objetos (Código Civil, artículo 1.216). Si la elección corresponde al acreedor, éste puede exigir uno u otro. En cambio, la entrega de unas arras en garantía del cumplimiento de la obligación principal no determina que esta última tenga dos o más objetos puesto que el acreedor no puede hacer valer las arras si no ha habido inejecución (culposa) del contrato (arg.: *ex* arts. 1259 y 1263 del Código Civil). La ley condiciona pues la posibilidad del acreedor de darse por pagado con las arras al incumplimiento culposo de la obligación principal por parte del deudor.

108 *Cfr.* BOZZI, Aldo: *op. cit.* 972; BUTERA, Antonio: *La caparra come limite… cit*. p. 191; CARNELUTTI, Francesco: *op. cit.* p. 228; LOMBARDI, Mario: *op. cit.* p.p. 52-53. En el mismo sentido, en la jurisprudencia nacional, véase: Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 9 de julio de 2009 (caso: Ada Preste de Suárez y Santiago Suárez Ferreyro contra Desarrollos 20699 C.A.). Consultada en www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Julio/RC.00358-9709-2009-09-051.html; Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 7 de noviembre de 2003 (caso: Carlos Lugo Borges y Marisamil Itanare Lugo contra Corporación Dialbar C.A.) consultada en www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Noviembre/RC-00653-071103-01646.htm.

Las arras reguladas en el Código Civil, ya lo hemos dicho, son *las arras penales o confirmatorias*. No se configuran como un medio que permite a las partes liberarse del deber de ejecutar el contrato. Las arras no atribuyen pues a ninguno de los contratantes la facultad de apartarse del contrato. El deudor no tiene la opción de cumplir realizando indistintamente a su voluntad la prestación que le imponga el contrato o renunciando a las arras entregadas (o, en su caso, allanándose a perder el doble de las recibidas). Al igual que en sede de cláusula penal (Código Civil, artículo 1.259), no le es dable al deudor pretender liberarse de cumplir la obligación principal con la pérdida de las arras, puesto que el acreedor siempre puede exigir el cumplimiento del contrato (Código Civil, artículo 1.263). Así, en un contrato de compra-venta ni el comprador ni el vendedor pueden respectivamente pretender considerarse apartados y libres del vínculo contractual mediante el abandono de las arras dadas o la restitución del doble de las recibidas[109]. Así resulta del texto de la ley y lo ha dejado establecido la jurisprudencia de nuestros tribunales[110]. Por consiguiente, a falta de estipulación expresa,

---

109 *Cfr.* RICCI, Francisco: *Derecho Civil Teórico y Práctico*. Tomo XV. Traducción castellana. Editorial Antalbe. Barcelona, *s.d.* p. 296. Sólo puede decirse que si la parte no culpable no queriendo exigir el cumplimiento, prefiere tenerse por pagada del resarcimiento previamente liquidado en la medida de las arras, el resultado económico para la parte incumplidora del contrato viene, en efecto, a ser el mismo que si hubiese ejercitado el *ius poenitendi* en el caso de las arras penitenciales. Al respecto, en la doctrina clásica italiana, véase: DE RUGGIERO, Roberto: *op. cit.* Tomo II. Vol. I. p. 161; GIORGI, Jorge: *op. cit.* Vol. IV. p. 501; TARTUFARI, Luis: *op. cit.* Vol. I. p. 155.

110 En sentencia de fecha 29 de junio de 1992 el Juzgado Superior Segundo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, refiriéndose a una promesa bilateral de compra-venta garantizada con arras, declaró que “no existe en este supuesto una obligación alternativa para el vendedor: vender la cosa o devolver las arras en los términos indicados, o para el comprador: comprar la cosa o renunciar a la restitución de las arras… el contrato obligaba al vendedor a otorgar el documento definitivo de compra-venta y no podía por su sola voluntad dejar sin efecto su compromiso… lo cual obviamente no concede al vendedor la facultad, como lo pretende, de vender o, en caso de no querer hacerlo, devolver las arras con los intereses más una cantidad igual a las arras… Es por ello que en este supuesto no existe una condición potestativa del vendedor…” (Sentencia del 29-06-92 en Ramírez & Garay. Tomo CXXI. p.p. 29-32).

las partes de una venta con arras no tienen el derecho de desistir del contrato perdiendo las arras dadas o restituyendo el doble de las recibidas, puesto que la otra parte puede exigir la ejecución del contrato[111]. En fin, la parte incumpliente no puede, en virtud de su incumplimiento, privar a la otra que no esté en culpa, del derecho de elección que le concede el artículo 1.263 del Código Civil y constreñirla a tenerse por pagada con las arras recibidas o con el doble de las arras dadas[112].

Ahora bien, la pérdida de las arras o su restitución doblada, aparentemente se realiza en el supuesto de que el acreedor demande la *resolución* del contrato o, en su caso, se limite a considerarlo resuelto (*cláusula resolutoria expresa*)[113] reteniendo las arras o acep-

---

111 *Cfr*. AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Derecho Civil IV. Contratos y Garantías*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2000. p. 194; Sentencia del 31-06-79 en Ramírez & Garay. Tomo LXVI. p.p. 399-400.

112 *Cfr*. GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 925.

113 La doctrina nacional y extranjera admiten pacíficamente la validez de la cláusula resolutoria expresa que le da el derecho al acreedor de declarar unilateralmente resuelto el contrato sin necesidad de acudir a los tribunales de justicia, cuando así lo hayan previsto las partes, siempre y cuando el incumplimiento se refiera a una o más obligaciones individualizadas en el contrato (*pacto comisorio*). En nuestro ordenamiento la validez de esta cláusula se basa en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para convenir en las reglas aplicables a sus contratos (Código Civil, artículo 1.159) y en la circunstancia de no ser de orden público la necesidad de la intervención judicial prevista en el artículo 1.167 *ejusdem*. Al respecto, véase: MÉLICH-ORSINI, José: *La resolución del contrato por incumplimiento*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. Nº 59. Caracas, 2003. p.p. 69-75; KUMMEROW, Gert: "Anotaciones sobre la estructura y el mecanismo de la cláusula resolutoria expresa" en *Studia Iuridica* Nº 2. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1958. p.p. 171 y ss. No obstante, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 4 de marzo de 2005 declaró, de manera infundada, que en nuestro ordenamiento no es posible ni válido que en un contrato se establezca la posibilidad de que una de las partes decida ponerle fin a la relación contractual, sin que medie intervención judicial. Para un análisis crítico de esta sentencia, así como para un detenido examen de la validez y procedencia de la cláusula resolutoria expresa en nuestro ordenamiento, véase: GORRÍN, Guillermo: "Desnaturalización de la cláusula resolutoria expresa" en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Asociación Venezolana de Derecho Privado. Serie Eventos. Nº 23. Caracas, 2007. p.p. 433-485.

tando el doble de las entregadas. La potestad de retener las arras recibidas o de reclamar el doble de las entregadas está íntimamente vinculada con la facultad que la ley le acuerda a la parte que no ha incurrido en culpa de pedir la resolución del contrato *ex* artículo 1.167 del Código Civil. La propia redacción negativa ("si no prefiere exigir el cumplimiento del contrato") empleada por el artículo 1.263 para excluir la ejecución de la convención del supuesto de hecho de la previsión legal que consagra la eficacia particular de las arras, pone claramente de manifiesto que fue la intención de la ley regular de manera diferente ambos supuestos, esto es, la resolución y la ejecución del contrato[114]. Las arras penales imponen una determinación y liquidación anticipada de los daños y perjuicios en caso de resolución y establecen la posibilidad para la parte cumplidora de obtener el resarcimiento integral optando por la ejecución del contrato[115].

---

114 *Cfr.* BUTERA, Antonio: *La caparra come limite… cit*. p.p. 191-192.

115 *Cfr.* BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 792, especialmente, la nota 7 y la jurisprudencia italiana allí citada; TARTUFARI, Luis: *op. cit.* Vol. I. p. 151, especialmente, la nota 169 y la jurisprudencia italiana allí citada. En contra, GALLI, Bindo: "Caparra e risarcimento del danno" en *Giurisprudenza Italiana*. Torino, 1926, IV. p.p. 9-13; LOMBARDI, Mario: *op. cit.* p.p. 54-57. En la doctrina nacional, en el mismo sentido expuesto en el texto, véase: KUMMEROW, Gert: *op. cit.* p. 26. Cabe hacer notar que la solución legal es diferente en el Código Civil italiano de 1942 (*supra*, Nº I,2,b). En efecto, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 1.385 del *Codice* "si la parte que hubiese dado la seña no cumpliese, la otra podrá rescindir (*recedere*) el contrato reteniendo la seña; si por el contrario la incumplidora fuese la parte que la ha recibido, la otra podrá rescindir el contrato y exigir el doble de la seña". Comentando esta disposición, Trimarchi afirma que "es innecesaria la resolución judicial por cuanto entre la pluralidad de formas voluntarias y judiciales de la terminación del vinculo se encuentra, por expresa voluntad de la ley, la rescisión (*recesso*) por causa del incumplimiento de la contraparte (al lado de la resolución judicial)" (TRIMARCHI, Michele: *op. cit.* § 3). Por su parte, Mirabelli expresa que la rescisión (*recesso*) de que habla el citado artículo 1.385 es una forma particular de la facultad de resolución por incumplimiento, no disímil de aquélla que se verifica cuando existe una cláusula resolutoria expresa (resolución de pleno derecho, según el según párrafo del artículo 1.456 del Código Civil italiano) (MIRABELLI, Giuseppe: *op. cit.* p. 347). En nuestro ordenamiento, el artículo 1.263 del Código Civil no hace referencia alguna, como sí lo hace el artículo 141 del Código de Comercio, a la resolución de pleno derecho que sería el lenguaje legal apropiado para disponer la resolución

En caso de incumplimiento culposo del contrato, le corresponde exclusivamente al acreedor escoger entre el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato, sin que el deudor incumpliente pueda influir en esta determinación. La parte incumpliente no tiene facultad alguna para hacer que la decisión de su contraparte se pronuncie en uno u otro sentido. Sólo le corresponde soportar el resultado de la elección del acreedor que puede, según sus particulares intereses o conveniencias, optar por resolver el contrato reteniendo las arras que haya recibido o exigiendo el doble de las que haya dado, si no prefiere exigir su ejecución en cuyo caso puede obtener el resarcimiento total. Incluso, el acreedor puede, si así lo desea, demandar la resolución del contrato o, en su caso, darlo por resuelto, aún cuando su cumplimiento todavía sea posible.

Examinemos cada uno de estos supuestos.

a) Resolución del contrato

Las consecuencias que para la parte cumplidora derivan de su determinación de resolver el contrato, ante la inejecución culposa de su contraparte, son muy claras: "si la parte que no ha incurrido en culpa no prefiere exigir el cumplimiento de la convención, dice el artículo 1.263, puede retener las arras que haya recibido o exigir el doble de las que haya dado".

Como es bien sabido, de acuerdo con las reglas generales que gobiernan la responsabilidad civil contractual, la parte cuyo incumplimiento culposo da motivo a la resolución queda obligada a la

automática; por lo cual, para que la parte que no haya incurrido en culpa pueda retener las arras, la invocación judicial de la resolución es necesaria de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.167 del Código Civil, salvo que las partes hayan convenido en la resolución de pleno derecho (*cláusula resolutoria expresa*), tal y como se indica en el texto. Como expresa Lombardi: "La atribución de las arras en concepto de resarcimiento de los daños y perjuicios es la consecuencia necesaria de la resolución del contrato. Aun en el caso de que la autoridad judicial declare la resolución sin pronunciarse sobre las arras, hay que concluir que dicha atribución opera de pleno derecho en razón de la resolución" (LOMBARDI, Mario: *Ibidem.* p.p. 72-73).

indemnización de todos los daños y perjuicios que la resolución le cause a su contraparte. Los daños sufridos por la parte cumplidora del contrato no sólo comprenden el llamado *interés contractual negativo*, esto es, aquéllos que sean indispensables para reponer a la parte no incumplidora en la misma situación en que se hallaría si el contrato resuelto no se hubiera celebrado jamás, sino que comprenden también el llamado *interés contractual positivo*, es decir, los beneficios que habría podido obtener de haberse cumplido el contrato. En fin, quien pide la resolución tiene derecho a reclamar todos los daños que ésta le produzca, tanto los daños emergentes como el lucro cesante[116].

Ahora bien, al regular la eficacia de las arras, la ley se aparta de las reglas generales aplicables a los daños y perjuicios resarcibles en caso de resolución. En efecto, la ley no considera a las arras como un anticipo de los daños y perjuicios derivados de la inejecución del contrato sino como *la medida del resarcimiento*, esto es, como una determinación y liquidación anticipada de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento culposo del contrato. Por lo cual, el acreedor que no prefiera exigir el cumplimiento tendrá que conformarse con tenerse por pagado del resarcimiento de los daños con la suma anticipadamente pactada, reteniendo las arras recibidas o exigiendo su restitución doblada (Código Civil, artículo, 1.263). Dicho en otras palabras, optando la parte cumplidora del contrato por la resolución, no puede pedir daños mayores aunque los haya experimentado[117].

Por otra parte, de acuerdo con los principios generales de la responsabilidad civil contractual, el daño debe ser demostrado por el acreedor. Este tiene que aportar la prueba de la existencia del

---

116 *Cfr.* CARNELUTTI, F.: "Sul risarcimento del danno in caso di risoluzione del contratto bilaterale per inadempimento" en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni,* 1923, II. p.p. 329 y ss. En la doctrina nacional, véase: MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II. p. 996; MÉLICH-ORSINI, José: *La resolución…cit*. p.p. 400-403.

117 *Cfr.* BUTERA, Antonio: *Capara e danno… cit.* p.p. 593-595.

daño que le produzca el incumplimiento así como también la de su consistencia, esto es, debe demostrar en que consistió el daño experimentado[118]. El acreedor debe además demostrar la cuantía de los daños existentes y cuya consistencia haya sido probada, sin perjuicio de que la determinación de la cuantía la fije el juez mediante experticia complementaria al fallo, cuando así lo haya solicitado el actor en el libelo, o cuando la existencia del daño haya sido probada en el proceso, pero no su cuantía (Código de Procedimiento Civil, artículo 249). Quien demanda la resolución queda además expuesto al resultado del juicio y a la ulterior fijación y determinación de los daños y perjuicios por parte del juez[119].

---

118 *Cfr*. DE CUPIS, Adriano: *op. cit.* p.p. 540-543; KUMMEROW, Gert: "Esquema del daño contractual resarcible según el sistema normativo venezolano" en *Indemnización de daños y perjuicios*. (Autores venezolanos). Ediciones Fabreton. Caracas, 1998. p.p. 339 y 345-348; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General…cit.* p.p. 474-y 479.

119 Aunque por lo que respecta a la determinación de la existencia y consistencia de los daños, el juez debe atenerse a los elementos probatorios que arrojen los autos, la evaluación de los elementos del daño que deben ser reparados está, en definitiva, librada al arbitrio del juez. Al respecto, en la doctrina francesa Savatier expresa: "La Corte de Casación no exige del juez del fondo ninguna precisión sobre su evaluación de los daños. Ello le permite un arbitrio casi ilimitado y le dispensa de responder a las conclusiones de las partes que le invitan a detallar los elementos del perjuicio. El juez motiva suficientemente sus decisiones diciendo que hay elementos para fijar los daños en la suma que él indica. Esto le permite, tácitamente, teñir, según las circunstancias, la evaluación de la indemnización; corrigiendo lo que tendría a sus ojos de excesivamente estricta la rigurosa equiparación de la indemnización al daño" (SAVATIER, René: *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*. Tome II. París, 1951 p. 186). En el mismo sentido, Mazeaud y Tunc afirman: "En cuanto a la determinación de los elementos que deben ser reparados, la Corte de Casación ejerce su control sobre ellos. Pero la evaluación de esos elementos sigue siendo esfera exclusiva de los jueces del fondo. Fijar la importancia de esos elementos, una vez que estén determinados, es, en efecto, entregarse a simples comprobaciones materiales" (MAZEAUD H., L. y TUNC, A.: *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Tomo III. Vol. I. Traducción castellana de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa y América, 1977. p. 364) Para un examen de los límites de la actuación del juez en la reparación de los daños, en la doctrina nacional, véase: MÉLICH-ORSINI, José: "La reparación de los daños por el juez" en *Estudios de Derecho Civil*. Vol. II. Ediciones Fabreton. Caracas, 1974. p.p. 303-350.

En cambio, las arras relevan al acreedor de la carga de la prueba de los daños, no teniendo éste ni siquiera tener que demostrar haberlos experimentado puesto que siempre tendrá el derecho a retener las arras recibidas o, en su caso, a exigir su restitución doblada por el sólo incumplimiento culposo, aunque éste no le cause daño alguno[120].

Se explica así que la opción de la resolución del contrato resulta especialmente útil para la parte que ha recibido las arras puesto que su retención como forma de autopago del crédito no sólo elimina las dificultades inherentes a la prueba de la existencia y de la cuantía de los daños en el juicio y el riesgo de su estimación por el juez sino que sirve, además, de poderoso medio de reforzamiento de su crédito.

En cambio, cuando la parte cumplidora del contrato es la que entregó las arras, la vía de la resolución probablemente le resulte menos conveniente, puesto que al no encontrarse las arras bajo su posesión, se reduce su eficacia como mecanismo de garantía; por lo cual, es dable suponer que en tal caso quien dio las arras opte más bien por exigir el cumplimiento del contrato y la reparación integral de los daños causados.

Las arras, como ya dijimos, cumplen la función de fijar y liquidar anticipadamente el monto de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, prescindiéndose totalmente del examen de la existencia, consistencia y cuantía de los mismos, así como de la necesidad de demostrar cada uno de estos extremos con lo cual se facilita la obtención del resarcimiento y se evita toda incertidumbre sobre la entidad de la reparación obtenible (*supra*, Nº II,3). Las arras establecen pues en un *forfait* el *quantum* del re-

---

120 Para la doctrina del Código Civil italiano de 1865, véase: CARNELUTTI, Francesco: *Funzione della caparra…cit*. p.p. 227-228; TARTUFARI, Luis: *op. cit.* Vol. I. p. 152. Para la doctrina del *Codice* de 1942, véase: GALGANO, Francesco: *op. cit.* p. 514. En la doctrina nacional, véase: KUMMEROW, Gert: *La función resarcitoria… cit.* p. 24.

sarcimiento, independientemente de la existencia del daño y de su cuantía. El contratante que demande la resolución del contrato no tiene la carga de probar el monto del daño sufrido con lo cual se eliminan las dificultades inherentes a la prueba de los daños y se evita la incertidumbre que resulta de la fijación judicial del daño indemnizable. Sencillamente, en caso de inejecución culposa de la otra parte, la parte cumplidora retiene, esto es, se apropia de las arras recibidas porque se ha cumplido la condición a la cual estaba subordinada la adquisición definitiva de la propiedad de las mismas. La resolución desempeña así, de acuerdo con la doctrina clásica, el papel de la condición a la que se sujeta la adquisición definitiva de la propiedad de las arras entregadas, o el deber de devolverlas dobladas[121].

Las arras fijan el límite de los daños y perjuicios indemnizables en caso de inejecución del contrato: la parte que cumple y que renuncia a exigirle a su contraparte la ejecución del contrato, puede contentarse con las arras recibidas o con el doble de las que entregó. No puede pretender una indemnización mayor si el valor de las arras resulta insuficiente para cubrir los daños realmente experimentados por el incumplimiento. Tampoco puede el deudor incumpliente pretender entregar una prestación menor, so pretexto de que su incumplimiento causó daños menores al valor de las arras entregadas o no causó daño alguno.

Por consiguiente, en caso de resolución no puede la parte cumplidora pretender una suma mayor ni la parte incumplidora pretender pagar una suma menor a título de daños y perjuicios cuando se aseguran éstos mediante arras. Dicho en otras palabras, la resolución del contrato le confiere siempre y en todo caso al acreedor el derecho de retener las arras recibidas. De este modo, cuando el contrato no ha desembocado en el cumplimiento, las arras resuelven el problema del resarcimiento que, por la voluntad de los con-

121 Al respecto, véase: BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 792; KUMMEROW, Gert: *La función resarcitoria... cit.* p. 26.

tratantes, queda limitado a la pérdida de las arras entregadas o a su restitución doblada, según que la parte incumpliente sea el dador o el receptor de las arras. El *quantum* del daño resarcible por el eventual incumplimiento, fijado a *forfait* en el valor de las arras entregadas en garantía, representa la medida de los daños y perjuicios indemnizables, independientemente de la prueba de la existencia y de la cuantía de los mismos. Las arras operan pues como medida y límite del resarcimiento, puesto que la determinación y liquidación anticipada de los daños y perjuicios practicada por los contratantes coincide exactamente con el monto de las arras recibidas[122].

122 La doctrina y la jurisprudencia italiana bajo la vigencia de los artículos 1.217 y 1.230 del Código Civil italiano de 1865, sustancialmente idénticos a los artículos 1.263 y 1.276 de nuestro Código Civil, es, en general, conteste en relación con los particulares expuestos. Por todos, véase: BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 792, especialmente, la nota 7; BUTERA, Antonio: *Capara e danno…cit.* p.p. 594-596 y la jurisprudencia italiana citada por estos autores. En el mismo sentido, pueden consultarse los siguientes fallos: Sentencia de la Casación del Reino de fecha 22 de mayo de 1934 en Repertorio del Foro Italiano, 1934. Nº 397; Sentencia de la Casación del Reino de fecha 14 de julio de 1936 en Repertorio del Foro Italiano, 1936. Nº 388; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Bolonia de fecha 4 de junio de 1936 en Repertorio del Foro Italiano, 1936. Nº 390. En cambio, la solución legal que trae el Código Civil italiano de 1942 es distinta. En efecto, según el *Codice* "si la parte que hubiese dado la seña no cumpliese, la otra podrá rescindir el contrato reteniendo la seña: si por el contrario la incumplidora fuese la parte que la ha recibido, la otra podrá rescindir el contrato y exigir el doble de la seña. Pero si la parte que no es incumplidora prefiriese demandar la ejecución o la resolución del contrato, el resarcimiento del daño se regulará por la normas generales" (art. 1.385). Por consiguiente, según el *Codice* los efectos de las arras penales o confirmatorias en caso de incumplimiento del contrato son los siguientes: si el contrato no se cumple, el sujeto que no esté en culpa tiene el derecho de renunciar al contrato y de apropiarse de las arras recibidas o exigir su restitución doblada, según que la parte incumplidora sea el dador o el receptor de las arras. Pero esto no impide que la parte que haya cumplido y que no esté en culpa pueda optar entre pedir la ejecución o la resolución del contrato, en cuyo caso siempre tendrá derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios efectivamente sufridos de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad contractual y no según los principios relativos a la eficacia propia de las arras. Como se ve, esta solución difiere de la solución que, en nuestro concepto, es la contemplada en el Código Civil venezolano que se asemeja más al sistema imperante en Italia bajo el Código Civil de 1865, tal y como se indica en el texto.

Ese *forfait* voluntario puede ser superior o inferior al *quantum* del daño determinado y medido según los principios normales, pero ofrece a ambas partes la manifiesta ventaja de evitar toda incertidumbre sobre la responsabilidad y la entidad de la reparación conseguible. Establecido a *forfait* el daño resarcible en la medida fijada por lo entregado en concepto de arras, ambas partes conocen anticipada y exactamente la consecuencia jurídica del incumplimiento: el deudor sabe hasta donde llega su responsabilidad y el acreedor conoce la medida del correspondiente resarcimiento.

Tal y como afirma De Cupis:

> **“una vez producido el incumplimiento se evita el complicado cálculo del perjuicio experimentado así omo la distinción entre daño directo e indirecto, emergente y lucro cesante, previsible e imprevisible y se ahorra la delicada operación de valorar el interés lesionado; el acreedor no tiene la carga de probar el montante del daño sufrido en relación con los principios jurídicos acerca de su determinación y medida; y, si bien es cierto que no puede alcanzar un resarcimiento mayor (al que representan las arras entregadas, añadimos nosotros), también lo es que puede obtenerlo sin necesidad de probar la entidad real del daño sufrido y sin que el deudor pueda excepcionarse invocando que tal daño es inferior o no se produjo”**[123].

Por último, de optar el acreedor por la resolución del contrato, el deudor debe, en todo caso, someterse a esta determinación sin

123 Las observaciones transcritas en el texto las hace De Cupis en relación con la cláusula penal (DE CUPIS, Adriano: *op. cit.* p. 507), pero las mismas son perfectamente trasladables a la determinación a *forfait* de los daños y perjuicios que caracteriza, igualmente, a las arras. En el mismo sentido, pero refiriéndose a las arras, véase: CARNELUTTI, Francesco: *Funzione della caparra…cit*. p.p. 228-229.

que pueda excluir los efectos de la resolución mediante un cumplimiento tardío no solicitado por el acreedor[124].

b) Cumplimiento del contrato

Cuando el acreedor opte por demandar el cumplimiento del contrato tendrá derecho a reclamar el pago de lo daños y perjuicios *ex* artículo 1.167 del Código Civil. El acreedor puede exigir la ejecución del contrato en lugar de conformarse con las arras (Código Civil, artículo 1.263). La reparación en tal caso es integral y se rige por las normas generales que gobiernan la responsabilidad civil contractual. Las arras no desempeñan en este caso la función de una determinación y liquidación anticipada de los daños y perjuicios exigibles ni limitan el *quantum* de la indemnización. Tan sólo sirven para garantizar el resarcimiento que tiene derecho a obtener la parte inocente[125].

El acreedor para tener derecho al resarcimiento tendrá que acreditar la concurrencia de los elementos desencadenantes de la

---

124 *Cfr*. BUTERA, Antonio: *La caparra come limite… cit*. p.p. 191-192, especialmente, la nota 6.

125 *Cfr*. BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 793; BRUGI, Biagio: *op. cit.* p. 443; BUTERA, Antonio: *La caparra come limite… cit*. p.p. 593-594; CARNELUTTI, Francesco: *loc. cit.*; TARTUFARI, Luis: *op. cit.* Vol. I. p. 152, especialmente, la nota 170 y la jurisprudencia de los tribunales italianos citada por estos autores. En la doctrina española, véase: HERNÁNDEZ GIL, Félix: *op. cit.* p. 91. En el mismo sentido, en doctrina nacional, Kummerow expresa: "la pérdida de las arras o su restitución duplicada, aparentemente se realiza en el supuesto de que el acreedor demande la *resolución* del contrato o se limite a considerarlo resuelto reteniendo la cantidad o aceptando el doble de la entrega. La admisión de este aserto conduciría a descartar un predicado similar cuando el acreedor opte por pedir el *cumplimiento* de la prestación principal. Serían, entonces, las disposiciones genéricas (art. 1.167 CC venezolano, en particular) las que presidirían la aplicación del acto coactivo contra el patrimonio del infractor y el cual se resolvería en la reparación integral de los daños y perjuicios experimentados efectivamente…. La demanda por cumplimiento del contrato garantizado no agota la facultad de reclamar la reparación de la totalidad de los perjuicios causados al patrimonio del pretensor por el acto antijurídico imputable al incumpliente, aún cuando el "quantum" de los daños resarcibles supere el límite de la prefijada determinación contenida en la seña" (KUMMEROW, Gert: *La función resarcitoria... cit.* p.p. 26-27).

responsabilidad civil contractual lo que incluye, por supuesto, la demostración de la existencia del daño y su cuantía, pero si el perjuicio efectivamente experimentado excede el monto de las arras dadas en garantía, el acreedor tendrá derecho a obtener la reparación de la totalidad del daño sufrido.

La ley le impide al acreedor pedir al mismo tiempo la ejecución del contrato y las arras, salvo que éstas se hayan entregado para garantizar el simple retardo (arg.: *ex* art. 1.258 del Código Civil). Cuando las arras se han estipulado y dado para el caso de simple retardo, procede la acumulación de las arras con la ejecución de la obligación principal. La razón estriba en que en estos casos las arras son sólo la compensación de los daños y perjuicios moratorios y, para cumplir con su finalidad, deben añadirse entonces a la ejecución de la obligación principal, es decir, surten sus efectos y el acreedor puede retenerlas o pedir su restitución doblada, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación principal[126]. Por consiguiente, solamente cuando las arras se hubieren estipulado para el caso de simple retardo, es posible la reclamación simultánea de la prestación principal y de las arras (arg.: *ex* arts. 1.258 y 1.263 del Código Civil), las cuales en tal caso resarcen al acreedor de los daños y perjuicios moratorios.

La ley pone pues una alternativa de medios a disposición de la parte cumpliente. Esta puede imponerle a su contraparte incumpliente bien sea la ejecución del contrato o su resolución reteniendo, en este último caso, las arras recibidas o exigiendo la restitución doblada de las arras entregadas, según que el incumpliente sea el *tradens* o el *accipiens*, respectivamente. Pero, de no mediar pacto en contrario, el acreedor no puede pretender la acumulación de los

126 *Cfr.* BRANCA, Giuseppe: *op. cit.* p. 863; SARFATTI, Mario: *op. cit.* p. 686. Cabe hacer notar, sin embargo, que otro sector de la doctrina italiana sostiene que, a diferencia de la cláusula penal, las arras no protegen por el retardo en el cumplimiento. Al respecto, véase: BAVETTA, Giuseppe: *op. cit.* p. 11; GIORGI, Jorge: *op. cit.* Vol. IV. p.p. 497 y ss.; MESSINEO, Francesco: *op. cit.* Tomo I. p. 222.

daños y perjuicios con la pérdida de las arras o su restitución doblada[127].

Cuando un contratante entrega a otro arras (confirmatorias o penales) *ex* artículo 1.263 del Código Civil, las partes están obligadas a ejecutar el contrato; pero verificado el incumplimiento, la parte responsable queda expuesta a las acciones del acreedor, el cual podrá exigir judicialmente el cumplimiento, esto es, la ejecución del contrato con derecho al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios; o bien puede optar, si así lo prefiere, por la vía de la resolución para dejar sin efecto el contrato, con la consiguiente retención de las arras recibidas o su exigencia doblada, quedando así extinguida la relación jurídica.

En fin, conforme a la disciplina legal de las arras, ante el supuesto de incumplimiento por parte de quien las recibió, quien las entregó puede optar bien por exigir el cumplimiento del contrato de acuerdo con sus términos, bien por su resolución por incumplimiento (Código Civil, artículo 1.167), en ambos casos con derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios experimentados; sólo en este último caso de optarse por la resolución, se pone en juego la eficacia particular de las arras como mecanismo de predeterminación de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, pero no en el caso de optarse por el cumplimiento.

Las arras solamente limitan el resarcimiento cuando la parte cumpliente no prefiere exigir la ejecución del contrato. Por consiguiente, cuando el acreedor demanda el cumplimiento, salvo que medie un acuerdo explícito de las partes en sentido contrario, la entrega de las arras ya no impone un límite al resarcimiento de los daños y perjuicios[128]. Las arras se desligan del resarcimiento para pasar a ser parte del precio o de la indemnización. La determinación de los daños causados se somete a los principios generales

127 *Cfr.* DE CUPIS, Adriano: *op. cit.* p.p. 523-525; TRIMARCHI, Pietro: *op. cit.* p.p. 363-364; AFONSO RODRÍGUEZ, María Elvira: *op. cit.* p. 153.

128 *Cfr.* BUTERA, Antonio: *La caparra come limite… cit*. p.p. 189-190, especialmente, las notas 1 y 2 y la jurisprudencia de los tribunales italianos allí citada.

que gobiernan la responsabilidad civil contractual. De allí que si el acreedor demanda la ejecución del contrato y la valoración de los daños resulta superior a la suma entregada como arras, éstas no servirán, en tal caso, de instrumento de liquidación preventiva y convencional de los daños sino que, a lo sumo, operarán como un mecanismo de cautela para el resarcimiento de los daños derivados de la falta de ejecución de la prestación. Dicho en otros términos, cuando el acreedor, descartada la vía de la resolución, solicita la ejecución del contrato, las arras no suponen un límite del resarcimiento sino que cumplen la función de servir de *garantía parcial* para la consecución del importe total de la indemnización cuya fijación está atribuida en última instancia al juez[129]. Por consiguiente, si la parte incumpliente fue el dador de las arras y su contraparte opta por el cumplimiento, dichas arras no tienen que devolverse, porque se imputarán al precio, o en su caso, a la indemnización lo que, desde luego, presupone que las arras tienen que consistir en dinero o cosas fungibles (*supra*, Nº II,7).

c) Aplicación concordada de los artículos 1.263 y 1.276 del Código Civil.

Las consideraciones antes expuestas admitidas por la doctrina, en nuestro ordenamiento se desprenden de la aplicación sistemática y concordada de los artículos 1.263 y 1.276 del Código Civil.

En efecto, del texto del artículo 1.276 no se desprende el principio de que las arras limitan siempre y en todo caso el monto del resarcimiento, sea que el acreedor opte por la resolución, o por exigir el cumplimiento del contrato. Tampoco se desprende de esa disposición el principio opuesto, esto es, que las arras solamente operan como límite del resarcimiento cuando así lo hayan convenido expresamente las partes.

129 *Cfr*. DE NOVA, Giorgio: Voz “Caparra” en *Digesto delle discipline privatistiche (Sezione civile*). T. II. Torino, 1988. p. 241; TRABUCCHI, Alberto: *op. cit*. p.p. 736-737.

c-1) *Las arras solamente limitan el resarcimiento cuando la parte cumpliente no prefiera exigir la ejecución del contrato*

De acuerdo con el artículo 1.276 del Código Civil, cuando en el contrato se hubiere estipulado que quien deje de ejecutarlo debe pagar una cantidad determinada por razón de daños y perjuicios, no puede el acreedor pedir una mayor, ni el obligado pretender que se le reciba una menor. Sucede lo mismo cuando la determinación de los daños y perjuicios se hace bajo la fórmula de cláusula penal o por medio de arras.

Esta disposición parece ordenar que si se entregaron arras (penales o confirmatorias), no puede reclamarse a título de daños y perjuicios otra cantidad diferente, independientemente de cuál sea el monto real de los daños experimentados. Pero aplicar esta disposición de manera literal, sin limitación o distinción alguna, contradiría lo dispuesto en el artículo 1.263 puesto que, al menos en todos aquellos casos en los cuales la ejecución en especie no fuese posible, las arras que el artículo 1.263 considera confirmatorias o penales pasarían a tener carácter penitencial[130], por cuanto le permitirían al contratante remiso sustraerse al cumplimiento cada vez que, por circunstancias sobrevenidas y dependientes de su voluntad, el contrato ya no pudiese cumplirse.

Ahora bien, la ley no sólo debe interpretarse literalmente, sino de acuerdo con la intención del legislador (Código Civil, artículo 4º). Dicha intención se obtiene, antes que nada, de la coordinación de las varias normas que en conjunto regulan una institución. Bien sabido es que a la hora de desentrañar el sentido de una norma legal, no puede ésta interpretarse en forma aislada de las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico considerado como un todo. Tal y como lo dejó establecido la Sala Político Administrativa

130 *Cfr.* CARNELUTTI, Francesco: *Funzione della caparra… cit.* p. 228; LOMBARDI, Mario: *op. cit.* p. 66.

de la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 19 de febrero de 1981:

> **“La hermenéutica jurídica ha señalado siempre la importancia de dos reglas fundamentales para el logro de una interpretación racional de los textos legales: la primera, tener en consideración la naturaleza de la materia legislada y el propósito deseado por el legislador, y la segunda, no interpretar aisladamente una norma, sino en concatenación con todo el sistema jurídico de que forma parte.”**[131]

Así pues, de acuerdo con el método sistemático de interpretación de la ley, una norma jurídica no debe interpretarse en forma aislada, sino armónicamente con las demás disposiciones del ordenamiento jurídico de que forma parte. Es por ello que, según el criterio de la doctrina jurídica más autorizada acogido por la jurisprudencia patria, son normas (normas aplicables) no solamente las que todo profano puede leer abriendo un código, sino también, fundamentalmente, las que resultan del juego combinatorio de dos o más normas y de la mutua influencia de una norma sobre otra[132]. Por consiguiente, el aparte único del artículo 1.276 debe correlacionarse con el artículo 1.263 y no aplicarse de manera tal que resulte en el desconocimiento o negación de esta disposición.

Ahora bien, según el artículo 1.263 al acreedor le asiste una facultad alternativa: exigir el cumplimiento o contentarse con las arras. Al correlacionar el artículo 1.276 con el artículo 1.263 se tiene que la limitación del monto del resarcimiento a la cantidad entregada en concepto de arras contemplada en el artículo 1.276 solamente entra en juego cuando la parte inocente “no prefiere exigir el cumplimiento”; y el cumplimiento, como sabemos, se logra cuando el contratante inocente obtenga mediante la ejecución en forma específica, o mediante un equivalente cuando el cumplimiento en

131 Sentencia del 19 de febrero de 1981 en Gaceta Forense. Tercera Etapa. Nº 111. Vol. III. p. 290.

132 *Ibidem*. p.p. 265 y ss.

especie no fuere posible por hecho imputable al deudor, o en atención a la naturaleza de la prestación (como, por ejemplo, cuando la cosa que constituya el objeto de la obligación no esté disponible y sea irremplazable), toda la utilidad a que tenía derecho por la cabal y oportuna ejecución del contrato[133].

Tal y como afirma Carnelutti al comentar los artículos 1.217 y 1.230 del Código Civil italiano de 1865, sustancialmente idénticos a los artículos 1.263 y 1.276 del Código Civil venezolano:

> **"Si a la parte que no ha incurrido en culpa le asiste el derecho de obtener el cumplimiento, debe estar facultada para lograrlo haciendo uso de todos los medios que el ordenamiento pone a su disposición. Y estos medios no se agotan en la coacción directa sino que comprenden igualmente la coacción indirecta. Dicho en otros términos, si se le reserva la facultad de obtener el cumplimiento, debe estarle concedido igualmente el resarcimiento de los daños y perjuicios en toda su amplitud puesto que el resarcimiento es, como ninguna otra, una sanción muchas veces más eficaz para inducir al deudor al cumplimiento. Por lo cual, cuando el contratante al que corresponda la elección prefiera obtener el cumplimiento, no es concebible que las arras funcionen como límite del resarcimiento.**

133 *Cfr.* CARNELUTTI, Francesco: *Sul risarcimento del danno…cit.* p.p. 329 y ss. Como afirma Coviello: "si el cumplimiento del contrato se ha hecho imposible, el acreedor tiene la facultad de elegir, de una parte, entre el derecho al integral resarcimiento del daño por la contraprestación no obtenida, quedando sin embargo obligado a efectuar su prestación, y, de otra parte, la resolución además de los daños y perjuicios. La comprobación de ello se encuentra en el artículo 1.552 (equivalente al 1561 venezolano) según el cual "el permutante que ha padecido evicción de la cosa que recibió, puede, a su elección, demandar la indemnización de perjuicios o repetir la cosa que dio" (COVIELLO Jr., Leonardo: "Rizoluzione per inadempimento: ritroattività e risarcimento del danno" en *Rivista di Diritto Civile*, 1935, I. p. 31, especialmente, la nota 46). En la doctrina nacional, véase: MÉLICH-ORSINI, José: *La resolución… cit*. p.p. 37-41 y 397-400.

La función de las arras se limita a la otra hipótesis: si el contratante no prefiere obtener el cumplimiento, las arras le ofrecen una manera de liquidar su posición expeditamente sin complicaciones o verificaciones, con un simple *forfait*. Este es el caso en el cual se comprende que las arras deben fungir de medida del resarcimiento, aun al costo de limitar el derecho del acreedor: si éste en lugar de enfrentarse al riesgo de un litigio por el cumplimiento, quiere evitarlo escogiendo el *forfait*, es justo entonces que de él obtenga tanto sus ventajas como también sus desventajas. Emerge entonces del artículo 1.217 que las arras son una garantía del resarcimiento, sólo en el caso en el cual el acreedor prefiera la liquidación a *forfait* a la contingencia de ver expuesta la suerte de su derecho en un juicio.

Aclarado en ese sentido el artículo 1.217, se aclara igualmente el aparte único del artículo 1.230: El juez no puede atribuir al acreedor una suma mayor o menor de la que representan las arras, cuando las arras funcionan, esto es, cuando el acreedor no desee el *forfait,* sino que por el contrario persiga el cumplimiento. Las arras en fin son un mecanismo de determinación de los daños y perjuicios sólo en la hipótesis en que el acreedor no prefiera obtener el cumplimiento de la convención. Únicamente en esta hipótesis cabe aplicar el aparte del artículo 1.230"[134].

Sustitúyase la referencia a los artículos 1.217 y 1.230 del Código Civil italiano de 1865 por la remisión a los artículos 1.263 y 1.276 del Código Civil venezolano y los señalamientos del ilustre

134 CARNELUTTI, Francesco: *Funzione della caparra…cit*. p.p. 228-229.

profesor de la Universidad de Padua son perfectamente aplicables a las arras como medida y límite del resarcimiento de los daños y perjuicios en nuestro ordenamiento.

Así, según el artículo 1.263 si la parte cumplidora (o dispuesta a cumplir) pide el cumplimiento forzoso del contrato, la entrega de las arras no le impide solicitar el resarcimiento de todos los daños que haya experimentado, sin que las arras actúen, en tal caso, como límite a la indemnización. Poco importa que la ejecución en especie sea posible o no de obtenerse en el terreno de la realidad[135]. Sólo si opta por pedir la resolución del contrato y los daños y perjuicios, éstos a tenor del artículo 1.276, tienen que limitarse a las arras. El artículo 1.263 del Código Civil le permite al contratante cumplidor optar por resolver el contrato, perdiendo o devolviendo duplicadas las arras, o bien exigir su ejecución, en cuyo caso el resarcimiento del daño queda sometido a las reglas generales.

Ahora bien, para que las arras limiten el monto del resarcimiento se requiere que la parte cumplidora haya podido efectivamente elegir entre exigir el cumplimiento del contrato o resolverlo y haya optado por la resolución para dejarlo sin efecto. La parte incumpliente no puede por hecho propio privar a la otra que no esté en culpa del derecho de elección que le confiere el artículo 1.263 del Código Civil y constreñirla a tenerse por pagada con el doble de las arras entregadas. Por consiguiente, la parte que no haya incurrido en culpa y haya sido colocada por hecho imputable al otro contratante (como, por ejemplo, cuando éste último revende la misma mercadería a otro comprador para obtener de ella un mayor precio) en la imposibilidad de conseguir en forma específica la prestación pactada, tiene derecho a obtener el cumplimiento por equivalente, esto es, el pleno resarcimiento de los daños provenientes de la falta de ejecución en especie del contrato, para restablecer su patrimonio en el estado en que se habría encontrado si la obligación hubiese

135 *Cfr.* LOMBARDI, Mario: *op. cit.* p. 64, especialmente, la nota 2 y p. 79 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada.

sido cumplida[136], sin que las arras en tal caso sirvan para limitar el monto del resarcimiento. De lo contrario, la parte incumpliente con su proceder se estaría colocando en una posición privilegiada a expensas de su co-contratante privando a este último de la utilidad que pudiera significarle una eventual ejecución tardía del contrato, que de otra forma podría obtener. De tener además que soportar la parte cumplidora del contrato, en tal caso, una limitación de los daños y perjuicios resarcibles, las arras en lugar de servir como un instrumento para reforzar el crédito, contribuirían a debilitarlo premiando al contratante incumpliente. *Malitiis non est indulgendum*. Las arras, como se dijo, dejarían de ser penales para convertirse en penitenciales[137].

Y no se nos diga que a ello se opone el artículo 1.276 puesto que esta disposición, como indicamos poco antes, debe correlacionarse con el artículo 1.263. De donde resulta que la limitación del derecho del contratante no culpable a la retención del monto de las arras recibidas o al pago del doble de las entregadas, tiene como presupuesto que dicho contratante haya podido ejercitar el derecho de elegir entre exigir el cumplimiento del contrato o su resolución reteniendo las arras o mediante su restitución doblada, y que una vez que se haya valido de este derecho optando por la resolución del contrato, pretenda el pleno resarcimiento de los daños so pretexto de que la pérdida o el pago del doble de las arras no es suficiente para la completa indemnización.

Pero cuando el contratante, por hecho propio de la otra parte, se encuentra colocado en la situación de no poder obtener la ejecución en especie del contrato, las arras no pueden tener el efecto de limitar el monto de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato. Dicho en otras palabras, las arras no pueden

136 *Cfr*. PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *op. cit.* Tomo VII. p. 132; . BOZZI, Aldo: *loc. cit.* GIORGI, Jorge: *op. cit.* Vol. II. p. 154; LOMBARDI, Mario: *op. cit.* p.p. 66-68; KUMMEROW, Gert: *Esquema del daño contractual resarcible... cit.* p.p. 278-280, 285 y ss.

137 *Cfr*. BUTERA, Antonio: *La caparra come limite… cit*. p.p. 191-192, especialmente, la nota 6; LOMBARDI, Mario: *op. cit.* p.p. 66-67.

tener el efecto de limitar el monto del resarcimiento de la parte cumplidora del contrato dentro de los confines del artículo 1.263 cuando el cumplimiento en forma específica no pueda obtenerse por hecho imputable al otro contratante. Un ejemplo servirá para ilustrar este punto. A le vende a B una determinada mercancía y se obliga a entregársela en una fecha determinada. En lugar de hacerlo, A se la revende y entrega a C quien la adquiere de buena fe. B no podrá reivindicar la mercancía de C (arg.: *ex* art. 794 del Código Civil), pero podrá exigir de B el resarcimiento integral y no limitarse a retener las arras que este último le hubiere entregado. La limitación del monto del resarcimiento a la cantidad entregada en concepto de arras o a la exigencia de su restitución doblada está pues subordinada a la circunstancia de que la parte cumplidora haya tenido efectivamente la posibilidad de elegir entre el cumplimiento en especie y las arras. Pero si esta última no ha podido por hecho imputable a su co-contratante obtener el cumplimiento en especie, antes de verse forzada a resolver el contrato reteniendo las arras o exigiendo su restitución doblada, tiene derecho a un cumplimiento por equivalente obteniendo un resarcimiento integral por la contraprestación no obtenida quedando, por supuesto, obligada entonces a realizar su propia prestación[138].

---

138 En el mismo sentido expuesto en el texto se pronunció la Casación de Roma en sentencia del 19 de febrero de 1923, refiriéndose al alcance del aparte único del artículo 1.217 del Código Civil italiano de 1865 cuyos términos, como ya se dijo, son idénticos a los del aparte único del artículo 1.263 de nuestro Código Civil. En dicha sentencia se lee: "la parte incumpliente no puede, con su acto ilícito, privar a la otra, que no esté en culpa, del derecho de elección (entiéndase el del artículo 1.217, parágrafo primero del Código Civil) y constreñirla a tenerse por pagada con el doble de la seña dada. Por lo cual, la parte que no haya incurrido en culpa y haya sido puesta por el hecho ilícito del otro contratante (en el caso particular, reventa de la misma mercadería a otro comprador para obtener de ella un mayor precio) en la imposibilidad de conseguir en forma específica la prestación pactada, tiene derecho a obtener el pleno resarcimiento de los daños provenientes de la falta de ejecución del contrato, debiéndose restablecer su patrimonio en el estado en que se habría encontrado si la obligación hubiese sido cumplida". Al respecto, véase, "Nota" a dicha sentencia en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, 1923, II. p. 441.

Además, esta interpretación sistemática y concordada de los artículos 1.263 y 1.270 del Código Civil es la que más se ajusta al principio del contrato-ley que consagra el artículo 1.159 *ejusdem* y que, en sede de arras, no debe ser sacrificado más allá de lo estrictamente necesario. No es dable suponer que el contratante incumpliente pueda sin más sustraerse a la fuerza obligatoria del contrato perdiendo las arras que con frecuencia, en términos económicos, representan para él una cantidad inferior a las ventajas derivadas de su propio incumplimiento. De acuerdo con lo antes expuesto, éste queda, por tanto, obligado a indemnizar a su contraparte la totalidad de los daños y perjuicios cuando este último opte por exigir la ejecución del contrato.

c-2) Las arras no solamente limitan el resarcimiento cuando así lo hayan acordado las partes

Según un sector de la doctrina, del texto del artículo 1.276 se desprende el principio opuesto, esto es, que las arras solamente operan como límite del resarcimiento cuando así lo hayan convenido expresamente las partes[139]. De la lectura del artículo 1.276 se deduce que esta fue la intención del legislador. A esta conclusión llegan algunos autores mediante el siguiente razonamiento: en la primera parte de esta disposición se dice que no puede el acreedor reclamar por concepto de daños y perjuicios en caso de incumplimiento una cantidad mayor o menor a la fijada, cuando las partes en *el contrato* hayan estipulado que quien deje de ejecutarlo deberá pagar una cantidad determinada por concepto de indemnización. Pero la segunda parte del artículo 1.276 agrega: "sucede lo mismo cuando *la determinación* de los daños y perjuicios se hace bajo la fórmula de cláusula penal o por medio de arras." Se requiere, por consiguiente, que el daño se haya determinado anticipadamente

139 GALLI, Bindo: *op. cit.* p.p. 11-16. En cambio, según Sarfatti, aun cuando para que las arras limiten el monto del resarcimiento se requiere que así lo acuerden las partes, su voluntad puede manifestarse implícitamente y deducirse del contexto del contrato (SARFATTI, Mario: *op. cit.* p. 685).

por medio de arras. Ahora bien, la determinación en un contrato no puede hacerse de manera unilateral sino que presupone un acuerdo de las partes ya que si el daño lo fija una sola de ellas sin que la otra acepte esa fijación, no puede decirse que el daño haya sido determinado. De donde resulta que para que las arras cumplan la función de una liquidación a *forfait* de los daños y perjuicios es necesario que las partes en el contrato a que se refiere la primera parte del artículo 1.276 convengan expresamente en ello, es decir, en que el resarcimiento no exceda en ningún caso del importe de las arras[140]. De manera que los términos empleados por esta disposición "cuando en el contrato se *hubiere estipulado... lo mismo sucede* cuando *la determinación* de los daños y perjuicios se hace… por medio de arras", hacen suponer que es necesario, igualmente, cuando median arras, el acuerdo explícito de las partes para que las mismas sirvan como medio de determinación del daño indemnizable.

Por otra parte, se afirma, los contratantes siempre tienen derecho a un resarcimiento integral. Las arras son sólo *una garantía* del resarcimiento (art.1.263, encabezamiento); y salvo pacto en contrario, no constituyen una determinación preventiva y a *forfait* de los daños y perjuicios (art. 1.276)[141]. Si las arras limitaran el resarcimiento serían, a lo sumo, una garantía imperfecta y parcial, insuficiente para asegurar el pago de los mayores daños experimentados por el contratante que no haya incurrido en culpa. Por tanto, se dice, las arras no agotan el resarcimiento, sea que el contratante opte por la resolución del contrato, o por su ejecución.

Por último, para sostener que en caso de resolución del contrato, la parte cumpliente tiene derecho a obtener la reparación total del daño salvo pacto expreso en contrario, se invoca el principio de que la renuncia a un derecho, esto es, al resarcimiento integral, no se presume por la celebración de un convenio de arras.

---

140 Al respecto, véase: GALLI, Bindo: *op. cit.* p.p. 11-12; MORVIDI, Leto: "A proposito della caparra" en *Studi Giuridici in Onore di Mario Bertacioli*. Istituto delle Edizione Academiche. Udine, 1936. p.p. 150-154.

141 MORVIDI, Leto: *op. cit.* p. 151.

Nos parece que ese criterio es incorrecto y que, además, no puede ser admitido en Venezuela por varias razones:

1) Del texto del artículo 1.276 no se desprende la exigencia de un acuerdo explícito de las partes para que las arras limiten el monto del resarcimiento[142]. Antes por el contrario, los efectos que el artículo 1.263 reconoce a las arras confirmatorias o penales y que aparecen ratificados en el artículo 1.276 solamente se producen "*a falta de estipulación contraria*". Por consiguiente, sostener que las arras solamente limitan el monto de los daños y perjuicios indemnizables cuando así lo acuerden explícitamente los contratantes, aparte de resultar en una franca contradicción entre lo dispuesto en el artículo 1.276 y lo que prescribe el artículo 1.263, no se compadece con la disciplina legal de las arras y vacía de todo contenido a estas disposiciones.

2) El aparte único del artículo 1.276 dice "*sucede lo mismo*" cuando la determinación de los daños y perjuicios se hace mediante arras. Pues bien, *lo mismo* quiere decir que no puede el acreedor pedir una suma mayor ni el deudor pretender que se le reciba una menor a título de daños y perjuicios cuando medien arras. Es incorrecto, por tanto, considerar que el uso de la expresión *lo mismo* exija el pacto expreso a que alude el encabezamiento de esa disposición. Por lo demás, la utilización del término "*determinación*" en el aparte único del artículo 1.276 no implica que la misma deba resultar de un pacto explícito puesto que nada se opone a que, cuando median arras, se conciba dicha determinación como una efectuada en virtud de la ley que consagra la eficacia propia de ese instituto en el artículo 1.263 precisamente "*a falta de estipulación contraria*". Cuando el legislador alude a una *determinación* hecha por medio de arras, necesariamente se está refiriendo a la noción de arras que trae el artículo 1.263; de la misma manera que cuando habla de una

142 *Cfr.* DE RUGGIERO, Roberto: *op. cit.* Tomo II. Vol. I. p.p. 161-162; GALGANO, Francesco: *op. cit.* p.p. 516-517; MESSINEO, Francesco: *Doctrina General… cit.* Tomo I. p.p. 221-222; TRIMARCHI, Pietro: *op. cit.* p. 363.

determinación de los daños "*bajo la fórmula de cláusula penal*", no hay duda que entiende referirse al artículo 1.257 del Código Civil[143]. Por lo cual, en lo que concierne a la determinación de los daños y perjuicios por medio de arras, el artículo 1.276 simplemente reitera la regla expresada en el artículo 1.263. Como se dijo, la situación que resulta de la correspondencia entre los artículos 1.263 y 1.276 consiste, por el contrario, en que en el caso de *resolución* es necesario el pacto explícito, pero para *descartar* y no para establecer la limitación del daño.

3) El carácter de mecanismo de garantía – en el más amplio sentido del término – que revisten las arras, según se indica en la primera parte del artículo 1.263, se pone de manifiesto también en el primer aparte de esa disposición. Sin embargo, la cuestión que se plantea aquí no tiene nada que ver con la naturaleza de las arras como medio de reforzamiento del crédito sino con su eficacia como mecanismo para limitar la indemnización de los daños y perjuicios. Si ambos términos, "*garantía*" y "*limitación del daño*" fuesen incompatibles, el argumento podría tener algún peso. Pero, tal y como lo admite la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera en general, las arras penales pueden perfectamente cumplir ambas funciones a la vez, esto es, servir para reforzar el crédito y para determinar los daños y perjuicios resarcibles (*supra*, Nº II,3). Por consiguiente, afirmar que las arras constituyen siempre una "*garantía*" no adelanta un paso en la solución del problema que nos ocupa que consiste en determinar si sólo cuando las partes convienen en ello las arras entregadas con ocasión de la celebración de un contrato *limitan el daño resarcible*[144]. Decir que las arras como mecanismo de cautela garantizan pero no limitan el daño, es simplemente una petición de principio, o sea, repetir en otros términos el problema que se trata de resolver.

143 *Cfr.* LOMBARDI, Mario: *op. cit.* p. 57.

144 *Cfr.* BUTERA, Antonio: *La caparra come limite… cit.* p.p. 194-195; LOMBARDI, Mario: *op. cit.* p.p. 51-52.

Además, el argumento pasa por alto que: a) mientras las garantías en general aseguran el cumplimiento de la obligación principal, las arras en cambio, garantizan el resarcimiento del daño, es decir, una prestación subsidiaria; y b) a diferencia de lo que sucede con otros mecanismos de cautela del crédito en los cuales la propiedad de la cosa dada en garantía no se transmite al acreedor, las arras tienen una eficacia traslaticia del dominio (*supra*, Nº II,4). Por consiguiente, *las arras como mecanismo particular de garantía no pueden sino producir efectos particulares*. Por lo cual, no debe sorprender que en caso de que la parte inocente opte por la resolución del contrato, las arras tengan la particular eficacia legal de limitar los daños y perjuicios indemnizables. En fin, poco importa que la garantía que representan las arras *ex* artículo 1.263 del Código Civil limite el monto del resarcimiento; mucho menos se requiere para ello que así lo acuerden las partes.

4) Es bueno tener presente que nadie duda acerca de la validez y eficacia del pacto por medio del cual las partes expresamente convengan en que las arras operen como una determinación de los daños y perjuicios indemnizables, sea cual sea la suerte que corra el contrato. La fuerza obligatoria de ese pacto deriva del principio del contrato-ley que consagra el artículo 1.159 del Código Civil, así como de la circunstancia de que el propio artículo 1.263 deja expresamente a salvo la posibilidad de que mediante una estipulación contraria, las partes convengan en pactos de este tipo. Además dichos pactos, al menos en principio, no coliden con el orden público ni con las buenas costumbres. Por lo cual, no es en absoluto necesario que el artículo 1.276 reconozca la validez y eficacia del pacto por medio del cual los contratantes convengan en que las arras fijen el límite de los daños y perjuicios indemnizables tanto cuando la parte que no haya incurrido en culpa opte por la ejecución del contrato, como cuando opte por su resolución. Mucho menos creemos que sea necesario violentar el texto legal e interpretarlo en contra de su tenor literal y de lo dispuesto en el artículo 1.263 para llegar a la conclusión de que, de acuerdo con el artículo 1.276, las arras

solamente limitan el monto del resarcimiento cuando así lo hayan acordado los contratantes.

5) Por último, por lo que respecta al argumento de que en caso de resolución la parte cumplidora del contrato tiene derecho, salvo que medie pacto explícito en contrario, a obtener un resarcimiento integral porque su voluntad de renunciar a este derecho no puede presumirse por el hecho de haber convenido en la entrega de las arras, conviene recordar que el artículo 1.263 le confiere al contratante que no ha incurrido en culpa una *facultas alternativa*: éste puede optar por resolver el contrato dándose por pagado con las arras o exigiendo su restitución doblada; o alternativamente, puede obtener el cumplimiento del contrato en cuyo caso tiene derecho a un resarcimiento integral. El contratante inocente puede en atención a sus particulares intereses o conveniencias optar por una u otra vía (*supra*, Nº II,10). Si pudiendo exigir la ejecución del contrato y obtener la reparación de todo el daño, prefiere no obstante pedir la resolución y hacer valer la eficacia propia de las arras limitando su pretensión indemnizatoria al monto representado por la cantidad entregada en concepto de arras, no tiene nada de que quejarse puesto que por su hecho propio se ha colocado en esta situación. Su voluntad, puesta de manifiesto a través del ejercicio de la acción de su preferencia, es clara e inequívoca y no tiene nada de presunta.

c-3) Conclusión

En conclusión, cuando la ejecución en especie de la obligación no sea posible por hecho imputable a la parte incumpliente, su contraparte contractual tendrá derecho a pedir la resolución del contrato para dejarlo sin efecto, reteniendo las arras recibidas o exigiendo su restitución doblada, si no prefiere exigir su cumplimiento en cuyo caso tendrá derecho al resarcimiento integral aún cuando éste sea superior al monto de las arras. De otra forma el acreedor, por hecho imputable al deudor, vería injustamente agravada su situación al no poder obtener ni el *id quod debetur* ni su equivalente, con lo cual las arras, en lugar de garantizar el vínculo, lo debilitarían.

Por consiguiente, en la eventualidad de que el contratante inocente opte por exigir el cumplimiento del contrato lo que, en el caso de una compra-venta mercantil, incluye la ejecución forzosa de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 142 del Código de Comercio, las arras entregadas en garantía no cumplen la función de una liquidación *a forfait* de los daños y perjuicios limitada al monto de las cantidades recibidas por tal concepto. La parte cumplidora del contrato tendrá entonces el derecho a obtener la integridad de la reparación, siempre y cuando demuestre la existencia y el *quantum* de los daños, debiendo soportar, en tal caso, durante la secuela del juicio, las consecuencias de un cumplimiento tardío. El monto de la reparación queda entonces sujeto al resultado del juicio y a la ulterior fijación judicial de los daños efectivamente causados.

Las arras en tal caso sólo servirán de mecanismo de garantía, siempre y cuando estén en posesión del contratante inocente quien no se convertirá en propietario de las mismas, puesto que al no producirse la resolución del contrato no se habrá cumplido la condición suspensiva a la cual, de acuerdo con la doctrina clásica, estaba subordinada la adquisición de la propiedad. El pretensor podrá, sin embargo, retener las arras hasta tanto su contraparte contractual cumpla el contrato pudiendo imputarlas al monto de la indemnización a que tenga derecho o, en su caso, compensar el crédito que tenga contra su contraparte contractual con las arras recibidas.

En resumidas cuentas, el artículo 1.263 del Código Civil confiere una *facultas alternativa* a la parte cumplidora del contrato (*supra*, Nº II,10). Si por causas imputables a su contraparte no es posible la ejecución en especie, aquella podrá resolver el contrato, si no prefiere exigir su cumplimiento por equivalente en cuyo caso, como se dijo, tendrá derecho al resarcimiento integral aún cuando éste exceda el monto de las arras entregadas. La indemnización de los daños causados se regirá entonces por las reglas generales.

Por último, para que uno de los contratantes pueda prevalerse de las arras, se requiere que éste no haya incumplido el contrato, es decir, que no medie culpa de su parte en el incumplimiento[145], puesto que si la inejecución del contrato obedece a la culpa común de los contratantes no entrará en juego la *facultas alternativa* del acreedor contemplada en el artículo 1.263, sino que se producirá una compensación de culpas y ninguna de las partes podrá hacer valer la eficacia de las arras[146]. El resarcimiento se regirá entonces por las reglas generales que gobiernan la responsabilidad civil contractual: si el incumplimiento culposo del deudor concurre con la culpa del acreedor en la producción del daño, la obligación de reparar el daño que tiene el deudor se reducirá en la medida en que la culpa del acreedor haya contribuido al mismo (arg.: *ex* art. 1.189 del Código Civil), sin que ninguno de los contratantes pueda prevalerse de las arras.

11. ¿Cabe la reducción de las arras por la autoridad judicial en caso de ejecución parcial del contrato?

Las arras producen sus efectos tanto en el caso de incumplimiento total como en el supuesto de incumplimiento parcial[147]. La eficacia desencadenante de las arras opera para los casos de incumplimiento total o parcial del contrato, siempre que el incumplimiento sea culposo (*infra,* Nº II,13,b). Así como la cláusula penal puede

---

145 El artículo 1.263 del Código Civil se refiere a la *parte que no ha incurrido en culpa*. Esta expresión debe entenderse en el sentido de que el contratante esté efectivamente dispuesto a cumplir su prestación en el lugar y en el tiempo convenidos de acuerdo con las modalidades de ejecución previstas en el contrato. No es necesaria la ejecución efectiva del contrato: *inadimplenti non est admplendum*. *Cfr*. LOMBARDI, Mario: *op. cit.* p. 50.

146 Para la doctrina del Código Civil italiano de 1865, por todos, véase: POLACCO, Vittorio: *op. cit.* (Parte prima). p. 398. Para la doctrina del *Codice* vigente, por todos, véase: D'AVANZO, Walter: *op. cit.* p. 896.

147 *Cfr*. TRIMARCHI, Michele: *op. cit.* § 3, especialmente, la nota 20 y la jurisprudencia italiana allí citada.

estar referida al incumplimiento total de la obligación como a su cumplimiento defectuoso, las consecuencias de la entrega de las arras, esto es, su pérdida o restitución doblada, operan tanto en caso de inejecución total como en el supuesto de inejecución parcial o cumplimiento defectuoso del contrato[148].

Pero en todo caso, el incumplimiento debe ser grave, esto es, de tal entidad que dé lugar a la resolución del contrato. No es suficiente para que entre en funcionamiento la eficacia de las arras, el incumplimiento de obligaciones secundarias del contrato. En caso de inejecución parcial o cumplimiento defectuoso se requiere que el mismo sea de tal relevancia en relación con el contrato considerado en su conjunto que adquiera el carácter de grave y que dicha ejecución irregular afecte la finalidad perseguida por las partes al contratar. Debe pues tratarse de un incumplimiento que determine la resolución del contrato. Dicho en otras palabras, sólo la violación del derecho de crédito que sirve de fundamento a la resolución del contrato es susceptible de desencadenar la eficacia propia de las arras ya que incumplimiento resolutorio y eficacia de las arras operan como conceptos dependientes[149]. Desde luego, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad las partes pueden en sus convenciones regular cuáles son las obligaciones cuyo cumplimiento produzca la eficacia de las arras.

Por consiguiente, la retención de las arras penales por el *accipiens* o su restitución doblada al *tradens* sólo es procedente en

148 *Cfr*. BRANCA, Giuseppe: *op. cit*. p. 863; SARFATTI, Mario: *op. cit*. p. 685. En la doctrina española, véase: ALBALADEJO, Manuel: *op. cit.* Vol. II. p. 552; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *op. cit.* Tomo II. Vol. I. p.p. 348 y ss.

149 *Cfr*. AFONSO RODRÍGUEZ, María Elvira: *op. cit.* p. 147. En contra, en la doctrina española: DÍAZ-ALABART, Silvia: *op. cit.* p. 16. Igualmente, en contra, en la doctrina italiana, Trimarchi afirma que aun un incumplimiento leve puede desencadenar la eficacia de las arras (TRIMARCHI, Michele: *op. cit.* § 3). En el mismo sentido expuesto en el texto, sin embargo, se pronuncia la jurisprudencia italiana. Al respecto, véase la sentencia de la Casación italiana de fecha 19 de agosto de 1950 citada por Trimarchi (*loc. cit.*) en la nota 18.

aquellos casos en los cuales el incumplimiento, en atención a su gravedad o a lo previsto por las partes, sea idóneo para justificar la resolución del contrato. De no serlo, no dará lugar a las consecuencias previstas en el artículo 1.263 del Código Civil.

Se plantea el problema de si en caso de ejecución parcial del contrato cabe aplicar a las arras la regla prevista para la cláusula penal en el artículo 1.260 del Código Civil que faculta a la autoridad judicial para reducir la pena cuando la obligación principal se haya ejecutado en parte[150].

La doctrina extranjera se encuentra bastante dividida al respecto.

Unas veces se ha opinado que el artículo 1.260 constituye un corolario del principio que impide la acumulación de la prestación principal con el subrogado del cumplimiento (Código Civil, artículos 1.258 y 1.264), lo que confirma el carácter sustitutivo que revisten las arras. A pesar de su naturaleza real, las arras penales cumplen la misma función que la cláusula penal (liquidación convencional y anticipada de los daños y perjuicios en caso de inejecución de la obligación principal). Esto, se afirma, hace común a

150 El artículo 1.260 del Código Civil venezolano prevé que la autoridad judicial puede disminuir *la cláusula penal* solamente en un supuesto muy concreto: cuando la obligación principal se haya ejecutado en parte. La solución legal es distinta en otros ordenamientos cuyas legislaciones permiten al juez modificar la cláusula penal cuando su monto sea manifiestamente excesivo (o incluso, en algunos casos, irrisorio) en atención a un criterio de equidad (Código Civil francés, artículo 1.152; Código Civil italiano, artículo 1.394; Código suizo de las Obligaciones, artículo, 163; Código Civil alemán, § 344). Por lo cual *por lo que al Derecho venezolano concierne*, en atención al principio de la intangibilidad del contrato, la cláusula penal no puede ser modificada en su monto por el juez salvo en el supuesto de que la prestación principal haya sido parcialmente cumplida, o cuando las partes hayan contemplado esa posibilidad. Cualquier otra interpretación es contraria al texto de la ley. La doctrina nacional es conteste al respecto. En tal sentido, véase: MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p.p. 572-574; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II. p. 940; BERNAD MAINAR, Rafael: *op. cit.* Tomo II. p. 252.

ambos institutos la *ratio* de la norma prevista en el artículo 1.260 que es evitar un enriquecimiento injusto para el acreedor (*eadem ratio legis*) y justifica aplicar analógicamente esta disposición al caso que nos ocupa. El acreedor, se dice, puede rechazar el cumplimiento parcial que le ofrezca el deudor exigiendo la totalidad de las arras. Pero si no lo hiciere, no puede pretender la ejecución parcial de la prestación y la totalidad de las arras puesto que esta situación se traduciría en un enriquecimiento injusto para el acreedor. Por lo cual, en caso de ejecución parcial procede la reducción proporcional de las arras por el juez[151].

Otras veces, por el contrario, se ha sostenido que la extensión a las arras de la reducción de la cláusula penal en caso de ejecución parcial del contrato prevista en el artículo 1.260 compromete la función práctica de ese instituto puesto que el acreedor, con el objeto de obtener la menor disminución posible de las arras, se verá forzado a aportar la prueba de la cuantía del daño experimentado, lo que es contrario a la razón de ser de esta figura[152]. Las arras, se

151 En tal sentido, en la doctrina francesa, véase: MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *Leçons de Droit Civil*. Tome II. Premier Volume. (Obligations. Théorie Générale). Montchrestien. París, 1998 .p. 776-777. En la doctrina italiana, véase: BOZZI, Aldo: *op. cit.* p.p. 793-794; TRIMARCHI, Michele: *op. cit.* § 4, especialmente, la nota 46; ZOPPINI, Andrea: *op. cit.* p.p. 277-293. En la doctrina española, véase: DÍAZ-ALABART, Silvia: "Las arras" (II) en *Revista de Derecho Privado*. Febrero, 1996. Madrid. p.p. 88-90; DÁVILA GONZÁLEZ, Javier: *op. cit*. p. 181. En la doctrina portuguesa, véase: ALMEIDA COSTA, Mario: *Direito das obrigações*. Coimbra, 1994. p. 281, especialmente, la nota 2; PINTO MONTEIRO, Antonio: *Clausula penal e indemnização*. Coimbra, 1990. p. 196, especialmente, la nota 423.

152 En tal sentido, en la doctrina francesa, véase: BENET, F.: *Indemnité d'inmobilization, dédit e clause penale*. En la doctrina italiana, véase: MARINI, A.: "Caparra confirmatoria e reductio ad aequitatem" en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1978, II. p.p. 176 y ss. y la jurisprudencia italiana allí citada; BAVETTA, Giuseppe: *op. cit*. p. 163, especialmente, la nota 97; DE NOVA, Giorgio: *op. cit.* p. 241. En la doctrina española, véase: AFONSO RODRÍGUEZ, María Elvira: *op. cit.* p. 146. En la doctrina portuguesa, véase: CAVACO DA SILVA: *Cumprimento e sançao pecuniaria compulsoria*. Coimbra, 1987. p.p. 303-355: ANTUNES VARELA, João: *Direito das obrigações.* Vol. I. Coimbra, 1987. p. 337.

afirma, son una fracción de la prestación principal, lo que, a diferencia de la cláusula penal, excluye que puedan ser superiores a dicha prestación y colide con su eventual reducción por el juez[153].

Por nuestra parte pensamos que las arras no son susceptibles de reducción por el juez. La regla del artículo 1.260 del Código Civil nada tiene que ver con las arras; por otra parte, ella contradice la norma general del artículo 1.159 del Código Civil, según la cual los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, razón por la cual la norma primeramente citada no es susceptible de interpretación extensiva ni de aplicación analógica. De acuerdo con el principio del contrato-ley que consagra el artículo 1.159, al juez no le está permitido modificar los efectos de un contrato salvo que la ley lo autorice expresamente para ello. Por lo cual, la facultad que la ley le concede a la autoridad judicial de modificar el contrato libremente convenido por las partes reduciendo el monto de la cláusula penal tiene carácter excepcional y no puede aplicarse fuera de los casos expresamente contemplados por la ley.

Pero adicionalmente, la eventual aplicación analógica a las arras de la reducción prevista en el artículo 1.260 del Código Civil para la cláusula penal, vulneraría las bases de la disciplina legal de las arras. En efecto, a través de este mecanismo se persigue procurar al acreedor una vía expedita y automática para el resarcimiento del daño, exonerándolo de las dificultades probatorias y de la suerte de un procedimiento judicial, lo que no se compadece con la disminución judicial de las arras en caso de ejecución parcial del contrato.

Por último, con respecto al argumento de que hay que aplicar analógicamente a las arras la disposición del artículo 1.260 porque de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto para el acreedor, no creemos que sea necesario violentar el texto legal e interpretarlo en contra de su tenor literal para evitar un enriquecimiento sin causa. En efecto, en razón del efecto restitutorio que

153 MARINI, A.: *loc. cit.*

produce la resolución del contrato, la parte que pierde las arras tendrá derecho a la devolución de las prestaciones cumplidas en ejecución del contrato que ha quedado resuelto, con lo cual se evitan situaciones de enriquecimiento injusto.

Por consiguiente, las arras confirmatorias o penales no son susceptibles de reducción por el juez, ni siquiera en el caso de ejecución parcial del contrato.

Desde luego, si se trata de *arras penitenciales o de retractación*, no cabe su reducción en caso de cumplirse parcialmente la obligación principal, puesto que el derecho a desistir del contrato se pierde cuando la parte que puede hacer uso de él comienza a cumplir el contrato (*supra*, Nº I,2,c). Por lo cual, el principio de ejecución implica que las arras no pueden perderse ni devolverse duplicadas ni mucho menos reducirse. Lo que procede en tal caso es su restitución o su imputación a la prestación de acuerdo con lo previsto por las partes y nada más.

Por último, por lo que respecta a *las arras de formalización o puramente confirmatorias*, como dichas arras se limitan a dejar constancia de la celebración del contrato, no se plantea el problema de su reducción en caso de ejecución parcial del contrato.

12. Las arras y el contrato preliminar

Todo lo que se acaba de expresar respecto de las arras dadas con ocasión de un contrato definitivo debe aplicarse igualmente a las arras dadas con ocasión de un contrato preliminar, entendido éste como el contrato mediante el cual las partes se obligan a celebrar un contrato futuro[154]. De manera que así como un contrato de

154 La doctrina es conteste al respecto. En Italia, ya bajo la vigencia del Código Civil de 1865 la doctrina y la jurisprudencia admitían la posibilidad de garantizar con arras los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato preliminar. Al respecto, véase: BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 794; CARNELUTTI, Francisco: *Funzione de la caparra... cit.* p.p. 225 y ss.; GIORGI, Jorge: *op. cit.* Vol. IV. p. 500; TARTUFARI, Luis: *op. cit.* Vol. I. p. 158, especialmente, la nota 181 y la jurisprudencia de

compra-venta puede garantizarse con la entrega de arras, también pueden éstas garantizar el cumplimiento de una promesa unilateral de compra o de venta o el de una promesa bilateral de compra-venta[155].

Debido a que las disposiciones de los artículos 1.263 y 1.276 del Código Civil están concebidas en términos muy generales, su alcance comprende también a las arras dadas con ocasión de un contrato preliminar. De ahí que aún en la hipótesis de un simple contrato preliminar como, por ejemplo, una promesa bilateral de compra-venta, las arras, cuando no resulte una diversa voluntad de los contratantes, deberán entenderse dadas a título de liquidación convencional de los daños y perjuicios para el caso de incumpli-

---

los tribunales italianos citada por estos autores. A partir de la entrada en vigencia del *Codice* de 1942 que consagra expresamente la posibilidad de la ejecución forzosa en especie de la obligación de *contrahere* mediante una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido (art. 2.932), no cabe duda de que si el contratante no prefiere obtener el cumplimiento del contrato preliminar puede optar por retener las arras recibidas. Por todos, en la doctrina italiana sobre el *Codice* de 1942, véase: BARASSI, Ludovico: *op. cit.* Vol. III. p. 488; TRIMARCHI, Michele: *loc. cit.*

155 Sin embargo, en la doctrina italiana moderna Galgano al referirse al *contrato preliminar unilateral* expresa que la entrega de una cantidad de dinero por la parte que no resulte obligada según dicho contrato, aunque se la califique como arras, sólo cumple la función de servir como un anticipo del precio (GALGANO, Francesco: *op. cit.* p. 515, especialmente, la nota 55 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada). En la doctrina nacional, Rodríguez Ferrara al referirse al *contrato de opción* expresa que este contrato excluye el contrato accesorio de arras, puesto que "desde el punto de vista del optante no es factible para éste la posibilidad de dar las arras, pues en el contrato de opción el optante no tiene obligación alguna salvo que no sea la eventual de pagar el premio convenido. Desde el punto de vista del promitente tampoco es factible la entrega de las arras, pues éste sólo concede la opción (a veces a cambio de un premio) y no es razón de pensar que deba hacer también entrega de arras" (RODRÍGUEZ FERRARA, Mauricio: *El contrato de opción*. Editorial Livrosca. Caracas, 1998. p.p. 81-82). Ciertamente, al menos desde la perspectiva del optante, las arras penales son incompatibles con la opción de compra. Si el contrato de opción le confiere al optante la facultad de decidir si celebra o no el contrato definitivo de venta, resulta contradictorio pactar que si decide no celebrarlo perderá las arras entregadas. Ello equivale a castigarle por lo que no es sino el ejercicio de un derecho.

miento[156]. Por consiguiente, en caso de inejecución de la obligación de contratar por parte de uno de los promitentes, el otro, si así lo desea, puede pedir la resolución del contrato en cuyo caso las arras cumplirán su función de servir de determinación y liquidación anticipada de los daños y perjuicios derivados del no cumplimiento de la obligación asumida en el contrato preliminar. El *quantum* del resarcimiento quedará limitado a la cantidad prefijada por las partes (*supra*, Nº II,3).

Por otra parte, como es bien sabido, el contrato preliminar es susceptible de ejecución en especie si reúne todos los elementos del futuro contrato. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil:

> **"Si la parte que resulte obligada según la sentencia a concluir un contrato no cumple su obligación, y siempre que sea posible y no esté excluido por el contrato, la sentencia producirá los efectos del contrato no cumplido. Si se trata de contratos que tienen por objeto, la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, o la constitución o la transferencia de otro derecho, la sentencia sólo producirá estos efectos si la parte que ha propuesto la demanda ha cumplido su prestación, de lo cual debe existir constancia auténtica en los autos."**

Esta disposición atribuye a la autoridad judicial la facultad de condenar al promitente remiso a celebrar el contrato definitivo. En caso de que éste rehúse hacerlo, la sentencia producirá los efectos del contrato no concluido[157]. Por consiguiente, si el pretensor así lo

156 En cambio, como se dijo, de acuerdo con el sistema adoptado por el Código Civil francés, en las promesas de contrato y, por extensión, en todos los contratos bilaterales, las arras revisten carácter penitencial, salvo que las partes convengan en pactar otra clase de arras (art. 1.590).

157 Para un examen del significado y alcance del artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, véase: LUPINI BIANCHI, Luciano: "El contrato preliminar de com-

desea podrá solicitar la ejecución específica del contrato preliminar en cuyo caso tendrá derecho a la reparación integral, esto es, a la indemnización de todos los daños y perjuicios efectivamente causados de acuerdo con las reglas generales que gobiernan la responsabilidad contractual. Así lo ha dejado establecido la jurisprudencia de nuestros tribunales[158].

De donde resulta que la finalidad de garantía de las arras se cumple por igual en el contrato preliminar y en el contrato definitivo: las partes están obligadas a ejecutar el contrato, pero si una de ellas no cumple con su obligación de hacerlo, la parte responsable queda expuesta a las acciones del acreedor, el cual podrá exigir judicialmente el cumplimiento, esto es, la ejecución del contrato preliminar con derecho al pleno resarcimiento de los daños; o bien puede optar, si así lo prefiere, por dejar sin efecto el contrato preliminar con la consiguiente retención de las arras recibidas o su exigencia doblada, quedando así extinguida la relación jurídica[159].

Tal y como lo ha dejado establecido la jurisprudencia de nuestros tribunales al referirse a las arras entregadas para garantizar el cumplimiento de un contrato preliminar:

> **"Si el contratante no prefiere obtener el cumplimiento; las arras le proporcionan la fórmula para liquidar rápidamente, sin complicaciones ni retardos, su pretensión con un simple *forfait*. En esta hipótesis, las arras representan la medida límite e invariable del resarcimiento."**[160]

---

praventa, su autonomía, función y ejecución forzosa" en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Asociación Venezolana de Derecho Privado. Serie Eventos. Nº 23. Caracas, 2007. p.p. 235 y ss.

158 Al respecto véase: Sentencia del 29-06-92 en Ramírez & Garay. Tomo CXXI. p.p. 29-32.

159 *Cfr.* KUMMEROW, Gert: *La función resarcitoria…cit.* p. 32; VEGAS ROLANDO, Nicolás: *op. cit.* p.p. 33-34.

160 Sentencia del 15-09-88 en Ramírez & Garay. Tomo CV. p.p. 40-46.

En conclusión, las arras cumplen su función igualmente en el contrato preliminar: a falta de estipulación contraria, lo que se da en arras garantiza el resarcimiento de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento y constituye una determinación y liquidación anticipada del *quantum* de los daños resarcibles, sólo en la eventualidad de que el contratante inocente opte por dejar sin efecto el contrato preliminar mediante su resolución.

Desde luego, nada impide que las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad convengan en que las arras dadas con ocasión de un contrato preliminar sean *arras penitenciales*[161] en cuyo caso, según lo convenido por las partes, ellas vendrán a representar el precio del arrepentimiento o desistimiento del contrato (*supra*, Nº I,2,c). Pero para ello tiene que haber una voluntad cierta e indudable en ese sentido, y por supuesto, como en todo contrato, común a las partes. Desde luego, esto no significa que las partes tengan que emplear necesariamente las palabras "arras penitenciales". Bastan palabras equivalentes, indicios o expresiones indirectas, con tal que prueben de modo no dudoso e inequívoco que la voluntad de los contratantes fue que una o cualquiera de las partes pudiera *ad nutum* desligarse del contrato sin más consecuencias que la pérdida de las arras entregadas o la obligación de devolver dobladas las recibidas. Así, si se hubieren entregado arras penitenciales en una promesa bilateral de compra-venta, cada una de las partes podrá optar entre celebrar la venta definitiva, o no hacerlo perdiendo las arras. La otra parte no podrá exigir la ejecución específica del contrato, esto es, la celebración del contrato definitivo de venta. Sólo tendrá derecho, en caso de desistimiento de su contraparte, a retener las arras recibidas o a exigir el duplo de las entregadas.

En definitiva, la eficacia de las arras estipuladas con ocasión de la celebración de un contrato preliminar depende del convenio de las partes.

161 *Cfr.* MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General… cit.* p. 583, especialmente, la nota 129.

a) Arras y pago a cuenta

Por último, es frecuente que los promitentes convengan que en el caso de celebrarse el convenio definitivo de venta, las arras (penales o penitenciales) se imputen al precio (*arras a cuenta de precio*), cláusula ésta que es perfectamente válida.

No obstante, cuando las partes sólo convienen en entregar una cantidad de dinero a cuenta del precio, a nuestro modo de ver, esto de por sí demuestra que ellas no han tenido la intención de considerar que este pago se haya efectuado en concepto de arras sino únicamente como un simple anticipo de precio[162]. De allí que, tal anticipo o cantidad a cuenta no podrá ser considerado como una liquidación convencional anticipada de los daños para el caso de incumplimiento de la obligación de celebrar el contrato definitivo, ni podrá atribuir a los promitentes el derecho de desistir de la celebración del contrato definitivo. Por consiguiente, en caso de incumplimiento, el promitente remiso queda expuesto a las acciones de su contraparte, la cual podrá exigir judicialmente la ejecución de la obligación de celebrar el contrato definitivo o, sí así lo prefiere, optar por la resolución del contrato preliminar, en ambos casos con derecho al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios.

Ahora bien, muchas veces cuando se celebra un contrato preliminar como, por ejemplo, una promesa de compra-venta de un bien inmueble, se entrega una cantidad de dinero sin indicación del

162 Ya en una antigua decisión de la Corte de Colmar citada por Troplong se sentó el criterio según el cual el pago a cuenta del precio no debe considerarse como una seña, salvo que las partes hayan querido atribuirle ese carácter (TROPLONG, M.: *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, depuis et compris le titre de la vente. De la vente, ou commentaire du titre VI du livre III du Code Napoleon".* Tome I. Charles Hingray, libraire éditeur. Cinquième édition. Paris, 1.856. p.p. 174-179 y la sentencia de la Corte de Colmar de fecha 19 de junio de 1814 allí citada). En el mismo sentido, en la doctrina italiana, véase: TARTUFARI, Luis: *op. cit.* Vol. I. p. 157. especialmente, la nota 180 y la jurisprudencia de los tribunales italianos allí citada. En el mismo sentido, en la doctrina argentina Borda, afirma "Si el contrato dijera solamente que la suma de dinero se entrega a cuenta de precio…. no hay seña" (BORDA, Guillermo A. *op. cit.* Tomo I. p. 227).

concepto por el cual dicha entrega se realiza. Esto puede obedecer a una inadecuada redacción del clausulado del contrato, a la utilización de expresiones confusas, o a cualquier otra circunstancia. En tal caso, puede suceder – y, de hecho, ocurre con frecuencia – que el contratante que se arrepienta del contrato preliminar celebrado pretenda que las cantidades entregadas lo han sido a título de arras penitenciales o de desistimiento con la intención de poder desligarse del contrato, lo que plantea un delicado problema de interpretación de la voluntad de las partes.

En caso de duda, debe considerarse que quien ha entregado dinero u otras cosas fungibles a la contraparte, ha entendido entregar una cantidad a cuenta y no en concepto de arras[163]. En efecto, el artículo 1.263 se refiere a "*lo dado en arras*". Por consiguiente, debe resultar de alguna manera que la dación se realiza a título o en concepto de arras[164]; además, dado que las arras penales tienen la función de pena civil, no puede suponerse que las partes se hayan sometido a esta pena tácitamente[165]. De allí que una cantidad entregada por una de las partes a la otra no calificada claramente

163 *Cfr*. GRECO, Paolo y COTTINO, Gastone: "Della Vendita" en *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja, Antonio e Branca, Giuseppe. Bologna-Roma, 1.964. p. 265, especialmente, la nota 4 y la jurisprudencia italiana allí citada. En cambio, el Código Civil portugués consagra una solución diferente: Según el artículo 441: "En la promesa de contrato de compra-venta se presume que tendrá carácter de arras toda cantidad entregada por el promitente-comprador al promitente-vendedor, además de título de anticipación o comienzo de pago del precio". Por consiguiente, en Portugal las cantidades entregadas con ocasión de una promesa de compra-venta no se consideran como un mero anticipo del precio, sino que se presumen entregadas en concepto de arras lo que no impide, como dice el artículo 441, que sean a la vez comienzo de pago.

164 En el mismo sentido, existe una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo español según la cual para que la cantidad entregada por el comprador tenga el concepto jurídico de arras es preciso que conste dicho carácter de una manera clara y evidente, de no ser así la entrega de dinero deberá considerarse como un anticipo de precio. Al respecto, véase: AFONSO RODRÍGUEZ, María Elvira: *op. cit.* p.p. 269-270, especialmente, la nota 68 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo español allí citada.

165 *Cfr*. MESSINEO, Francesco: *op. cit.* Tomo. I. p. 224.

de arras, no puede ser otra cosa que un pago parcial adelantado. En fin, si lo único que queda claro es la existencia de la entrega de una cantidad de dinero, hay que entender que no hay arras sino comienzo de ejecución del contrato.

Además, como ya dijimos, cuando queda claro que la entrega se efectúa en concepto de arras pero se duda acerca de la clase de arras entregadas, las mismas deben entenderse como confirmatorias o en función de cláusula penal (arg.: *ex* art. 1.263 del Código Civil) (*supra*, Nº II.2).

En resumidas cuentas, las arras penitenciales no se presumen en ningún caso, ni siquiera cuando se trata de un contrato preliminar. Por consiguiente, las cantidades entregadas sin que (expresa o tácita pero, inequívocamente) se indique o haga suponer que son arras, se entenderá que son simples pagos a cuenta. Si queda claro que son arras, pero no se indica o pone de manifiesto su carácter penal o penitencial, se entenderá que son penales.

La calificación de la entrega de una cantidad de dinero como un simple anticipo del precio o como arras depende, en definitiva, de la consideración de la voluntad de las partes debidamente interpretada y condiciona el régimen a seguirse en caso de incumplimiento del contrato, en uno y otro casos. En efecto, de calificarse dicha entrega como arras, en caso de inejecución, se impone la pérdida de la suma entregada o su restitución doblada según los casos, sin que el acreedor tenga que probar la existencia y la cuantía de los daños y perjuicios experimentados. En cambio, en el supuesto de que la cantidad entregada se calificara como un pago a cuenta, la falta de ejecución del contrato excluiría la aplicación de los efectos resarcitorios propios de las arras y determinaría la aplicación de las normas generales sobre indemnización de los daños y perjuicios, que imponen la prueba y la valoración de los mismos[166].

166 *Cfr.* BARBERO, Doménico: *Sistema del Derecho Privado*. Vol. III (Obligaciones). Traducción castellana de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1.967. p.p. 131-132; HERNÁNDEZ GIL, Félix: *op. cit.* p. 82.

Por último, como se dijo, en la práctica cuando se celebra un contrato preliminar como, por ejemplo, una promesa bilateral de compra-venta, con frecuencia las partes convienen que las cantidades entregadas en concepto de arras se imputen al precio (*cláusula como seña y a cuenta del precio*). A nuestro modo de ver, una cláusula de este tipo es innecesaria puesto que si bien es cierto que existe por parte del comprador, el crédito por la devolución de las arras, el vendedor tendría a su vez el crédito del precio de la venta, y en tal forma, puede realizarse la compensación entre ambas obligaciones conforme a lo dispuesto en los artículos 1.331 y siguientes del Código Civil.

13. Presupuestos de la función resarcitoria de las arras

Como ya dijimos, la función resarcitoria de las arras entra en juego cuando ante el incumplimiento culposo de una de las partes, su contraparte opte por la resolución del contrato en cuyo caso esta última tiene derecho a retener las arras recibidas o a exigir el doble de las entregadas quedando relevada de la carga de la prueba del *an* y del *quantum* del daño (*supra*, Nº II,10,a).

Para que las arras puedan desempeñar esta función resarcitoria se requiere que el deudor esté constituido en mora y que su incumplimiento revista carácter culposo.

a) Constitución en mora

Ni la estipulación de una cláusula penal ni la disciplina de las arras dispensan al acreedor de la obligación de constituir en mora al deudor incumpliente[167]. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.259 del Código Civil, dictado para la cláusula penal pero aplicable al instituto de las arras, "el acreedor puede pedir al deudor que esté constituido en mora, la ejecución de la obligación principal, en lugar de la pena estipulada."

167 *Cfr.* GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 926, especialmente, la nota 3 y la jurisprudencia italiana allí citada.

De allí que para que se desencadene la eficacia de las arras se requiere la interpelación o requerimiento de pago por parte del acreedor (mora *ex persona*), salvo en los casos en que por especiales circunstancias se produzca la mora *ex re*. Así ocurre cuando la obligación está sometida a un término cierto, en cuyo caso el deudor se constituye en mora por el solo hecho del vencimiento del término (Código Civil, artículo 1.269), o en los casos expresamente previstos en la ley en atención a la naturaleza del contrato. Tampoco es necesaria la interpelación cuando el deudor manifiesta su voluntad de no cumplir (incumplimiento definitivo o absoluto), o cuando las partes hayan acordado que el deudor quedará constituido en mora sin necesidad de interpelación. Tampoco hace falta la mora en las obligaciones de no hacer porque en ellas, como es bien sabido, sólo puede existir el incumplimiento definitivo y no un retardo en el cumplimiento[168].

b) Carácter culposo del incumplimiento

Para tener derecho a las arras, además de la mora, se requiere que el incumplimiento revista carácter culposo, esto es, que se deba a una causa imputable al deudor. Las arras, ya lo hemos dicho, son una determinación y liquidación anticipada de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento culposo del deudor. La causa extraña no imputable al impedir la responsabilidad del deudor produce la ineficacia de las arras, a menos que el deudor haya asumido expresamente los riesgos del contrato[169]. Por consiguiente, en caso

168 En relación con la configuración de la *mora ex persona y ex re*, véase: CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *La mora del deudor en los contratos bilaterales*. Editorial Civitas. Madrid, 1984. En la doctrina nacional, véase: MÉLICH-ORSINI, José: "La mora del deudor en el Derecho venezolano" en *Estudios de Derecho Civil*. Editorial Jurídica Alva. Caracas, 1986. p.p. 185 y ss.

169 La doctrina nacional admite la validez de la traslación convencional de los riesgos del contrato. En tal sentido, el profesor José Mélich-Orsini expresa: "En nada contradice el orden público la existencia de pactos en virtud de los cuales alguna de las partes asume riesgos que normalmente no estarían a cargo suyo sin la existencia de tales pactos. La propia ley prevé la posibilidad de tales pactos en los artículos 1.344, primer aparte; 1.458, Nº 1; 1.505, 1.520 C.C." (MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General... cit.* p. 490, especialmente, la nota 52).

de incumplimiento involuntario o no imputable quien entregó las arras las recupera y quien las recibió tendrá que devolver sólo lo que se le dio por el título que examinamos, y no el doble. Tampoco se desencadena la eficacia de las arras en la eventualidad de que la terminación del contrato sea el resultado del *mutuus dissensus* o del cumplimiento de una condición resolutoria prevista por las partes. Cuando la ejecución del contrato no sea posible por una causa extraña no imputable o cuando el contrato se extinga por *mutuus dissensus*, no puede el acreedor pretender apropiarse de las arras o exigir su restitución doblada, debiendo en tales casos restituirse las mismas[170].

Como es bien sabido, el legislador presume el carácter culposo del incumplimiento de las obligaciones contractuales (arg.: *ex* art. 1.271 del Código Civil). Por consiguiente, corresponde al deudor, para evitar que se produzcan los efectos de las arras, desvirtuar la resunción legal demostrando que el incumplimiento obedeció a una causa extraña no imputable (caso fortuito, fuerza mayor, hecho del príncipe, hecho de un tercero, pérdida de la cosa debida o culpa del acreedor).

Para que el evento configurativo de la causa extraña no imputable exonere al deudor de responsabilidad e impida la eficacia de las arras, se requiere que tal evento se produzca antes de que el deudor haya incurrido en mora (arg.: *ex* art. 1.344 del Código Civil).

Ahora bien, como se dijo, las partes en ejercicio de su libertad contractual pueden reconocerle a las arras efectos resarcitorios en caso de un incumplimiento involuntario, pero la doctrina considera que ello alteraría la fisonomía legal del instituto[171]. Por otra parte,

170 La doctrina es pacífica al respecto. Para la doctrina del Código Civil italiano de 1865, por todos, véase: SARFATTI, Mario: *op. cit.* p.p. 685-686. Para la doctrina del Código italiano vigente, por todos, véase: TRIMARCHI, Michele: *op. cit.* § 3. En la doctrina francesa, por todos, véase: VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit.* Tome V. París, 2001. p.p. 462 y 473. En la doctrina nacional, por todos, véase: KUMMEROW, Gert: *La función resarcitoria...cit.* p. 29.

171 *Cfr.* BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 795.

el pacto sobre arras puede limitarse a determinados supuestos de incumplimiento, en cuyo caso en el resto de los supuestos de incumplimiento las arras no producirán sus efectos propios y el resarcimiento se regirá por el régimen ordinario.

Por último, en el supuesto de que el incumplimiento sea imputable a ambas partes, ninguna de ellas puede prevalerse de las arras (*supra*, Nº II,10,c). El acreedor no puede pretender retener las arras recibidas ni exigir el doble de las que dio. En tal caso, dice Messineo, la parte que dio las arras las pierde; pero la otra parte no puede negarse a dar a la primera, a título de pena, una prestación de monto equivalente. De donde resulta que, en esencia, las cosas vuelven al estado que tenían al momento de la conclusión del contrato. Pero por lo que respecta a la obligación principal, cada contratante puede exigirle la ejecución al otro en función del respectivo derecho de cada uno independientemente de la suerte que corran las arras, ya que la entrega de arras no influye en la extensión del derecho que corresponde a cada uno de los contratantes de exigirle al otro el cumplimiento del contrato[172].

14. Las arras y el incumplimiento doloso del contrato

La doctrina todavía discute cuál es la extensión de los derechos del acreedor en los casos en que el deudor ha incurrido en incumplimiento doloso de la obligación garantizada con cláusula penal. La misma cuestión se suscita con la estipulación del pacto sobre arras.

En efecto, se podría entender que en razón de la imposibilidad de autorizar, en caso de incumplimiento, un resarcimiento mayor al convenido mediante la cláusula penal o al garantizado con las arras, en ciertas circunstancias estos institutos podrían desempeñar

172 MESSINEO, Francesco: *Manual… cit.* Tomo IV. p.p. 448-449. En contra: POLACCO, Vittorio: *op. cit.* (Parte prima). p. 640.

las funciones de un *pactum de dolo non praestando*, que se considera contrario al orden público y a la buena fe.

Esta cuestión ha dividido a la doctrina. Los autores franceses en general consideran que en caso de que la *cláusula penal* sirva para limitar la responsabilidad del que dolosamente dejó de cumplir con una obligación, la autoridad judicial puede disponer que se pague, además de lo debido por concepto de cláusula penal, una cantidad suplementaria para el resarcimiento integral de los daños y perjuicios[173]. Los autores clásicos italianos, en cambio, sostienen generalmente el criterio contrario[174].

Al abordar el tema, ante todo, debemos indicar que el incumplimiento doloso de la obligación es el incumplimiento voluntario o intencional y se opone al incumplimiento culposo propiamente dicho, o sea, a la inejecución derivada de una conducta simplemente imprudente o negligente por parte del deudor[175]. A los fines de

173 Al respecto, véase: AUBRY, C. y RAU, C.: *op. cit.* Tome V. § 309; DEMOGUE, R. *Traité des obligations en général* Tome VI (Effets des obligations). Rousseau, Libraire éditeur. París, 1932. Nº 486; MAZEAUD H., L. y TUNC, A.: *op. cit*. Tomo III. Vol. II. p.p. 137-138; LE TOURNEAU, Philippe: *Droit de la responsabilité et des contrats*. Dalloz. París, 2006. p. 353.

174 Al respecto, véase: ROSSI, Gaetano: "*Pactum ne dolus praestetur* e clausola penale" en *Studi in Onore di Mariano D'Amelio*. Vol. III. Società Editrice del Foro Italiano. Roma, 1933. p.p. 268-271; COVIELLO, Jr., Leonardo: "Clausola penale e risarcimento del danno" en *Il Foro Italiano*, 1933, Parte prima, columnas 1698 y 1699; STOLFI, Giuseppe: *Diritto Civile*. Vol. III. Torino, 1919. p. 302. En contra, véase: GIORGI, Jorge: *op. cit.* Vol. IV p. 476.

175 *Cfr.* MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe: *Les Obligations*. Defrénois. París, 2005. p.p. 33-35. Cabe hacer notar que en el Derecho francés durante mucho tiempo para la configuración del dolo se requería la *intención de dañar*. Esta situación cambió a partir de una sentencia de la Primera Cámara Civil de la Casación francesa de fecha 4 de febrero de 1969 que al referirse al incumplimiento doloso de una obligación contractual consideró que "el deudor comete una falta dolosa cuando, de propósito deliberado, se rehúsa a ejecutar sus obligaciones contractuales, aun si esta conducta no ha sido inspirada por la intención de dañar a su co-contratante". Este criterio ha sido seguido por la jurisprudencia francesa moderna. Al respecto, véase: VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: "La responsabilité: conditions" en Ghestin, Jacques: *Traité de Droit Civil*. (Les Obligations). Vol. V. L.G.D.J. París, 2006. p. 434 y la jurisprudencia francesa allí citada. Por

la regulación del daño indemnizable en caso de incumplimiento de una obligación contractual, *dolo equivale a culpa intencional*. De acuerdo con la doctrina moderna, el dolo en materia contractual se confunde con la inejecución voluntaria o intencional por parte del deudor[176].

Ahora bien, como ya dijimos, las arras son un mecanismo de liquidación convencional y anticipada de los daños y perjuicios. Por lo cual, como también dijimos, el acreedor si no prefiere exigir el cumplimiento, no puede pretender una indemnización mayor a las arras recibidas o, en su caso, al doble de las entregadas, aún cuando demuestre que ésta es insuficiente para cubrir los daños realmente experimentados por el incumplimiento. De ahí surge el derecho del deudor a no verse obligado a pagar una indemnización mayor al monto de las arras, en caso de que el acreedor opte por la resolu-

---

lo cual, en la actualidad, como expresa Le Tourneau, se considera que, en materia contractual, el dolo es la inejecución consciente de una obligación contractual sin que se requiera necesariamente que el deudor haya tenido la intención de dañar. Poco importa pues que éste haya actuado con el ánimo de perjudicar al acreedor. Es suficiente con que el deudor actúe con el propósito deliberado de abstenerse de cumplir sus obligaciones, o que asuma conscientemente las consecuencias dañosas que su acción u omisión pueda causarle a su co-contratante. El deudor que incumple su obligación actúa de *mala fe*, sin que ello necesariamente comporte malevolencia de su parte. El dolo viene a ser así, en cierta forma, el reverso de la buena fe que debe presidir la ejecución de los contratos según lo dispuesto en el artículo 1.160 del Código Civil (LE TOURNEAU, Philippe: *op. cit.* p. 766 y la jurisprudencia francesa allí citada).

176 En la doctrina italiana, véase: BARASSI, Ludovico: *op. cit.* Vol. III. p. 301; TRIMARCHI, Pietro: *op. cit.* p.p. 182 y 296-298. En la doctrina nacional, el profesor José Mélich-Orsini expresa que "en materia contractual basta con la voluntad de abstenerse de ejecutar la obligación que el contrato imponía, con abstracción de toda intención de dañar propiamente tal. El dolo en materia contractual se confundiría así con la inejecución voluntaria" (MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General... cit*. p. 551, especialmente, la nota 58). En el mismo sentido, el profesor Bernad Mainar afirma: "Entendemos por dolo toda acción u omisión que, con voluntad y conciencia de producir un resultado antijurídico, impide el cumplimiento normal de la obligación. El dolo presupone un elemento intelectual, la conciencia, y otro volitivo, la voluntad de violar el derecho de crédito, sin ser precisa la intención de perjudicar al acreedor." (BERNAD MAINAR, Rafael: *op. cit.* Tomo I. p. 151).

ción del contrato. Pero, en caso de incumplimiento intencional o voluntario de la obligación principal por parte del deudor, ¿debe asimismo mantenerse este derecho? Si se afirma que igualmente en tal caso no es posible que el juez fije un complemento de indemnización por encima de las arras, resultaría, según algunos, que se vendría a sancionar el *pactum dolus*, ya que por esta vía de la entrega de arras el deudor podría limitar su responsabilidad por dolo lo que sería tanto como dar eficacia jurídica a un pacto pacíficamente rechazado en casi todos los ordenamientos[177].

A nuestro modo de ver, aún en el caso de que el deudor hubiese incumplido intencional o dolosamente su obligación contractual, no nace para el acreedor que pida la resolución un derecho a la total indemnización del daño sufrido en virtud de la aplicación de los principios relativos a la nulidad del *pactum dolus*.

En efecto, el presupuesto de la teoría de la invalidez del *pactum dolus* es la existencia de una convención establecida entre los contratantes en virtud de la cual la relación jurídica carece, *ab initio*, de causa lícita. Ahora bien, esto no ocurre en el caso de las arras que tiene derecho a retener el acreedor o cuya restitución doblada puede exigir en virtud de que dolosamente se ha dejado de cumplir la obligación principal. El comportamiento del deudor que intencional o dolosamente incumple su obligación contractual es un hecho que ocurre no en el momento de constituirse la relación jurídica, sino en el momento en el cual la obligación debe cumplirse; de allí que no tenga influencia alguna sobre los elementos constitutivos de las arras las cuales conservan, pues, toda su eficacia jurídica[178]. De este modo, siendo el pacto sobre arras en sí mismo plenamente existente y válido, debe desplegar toda su eficacia mediante la retención de la cantidad (o cosa fungible) que se había recibido en concepto de

177 Al respecto, véase: BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 795.

178 Para el desarrollo pormenorizado de este argumento referido a la cláusula penal, véase: ROSSI, Gaetano: *op. cit.* p. 270; PEIRANO FACIO, Jorge: *La cláusula penal*. Editorial Temis. Bogotá, 1982. p.p. 295-296.

arras o con la exigencia de su restitución doblada, para el caso de que el deudor no cumpla con la obligación principal.

Pero adicionalmente, debe señalarse que no pueden aplicarse a la situación que comentamos los principios relativos al *pactum dolus*, ya que existen entre ambos supuestos diferencias apreciables. Por un lado, en caso de entregarse *arras penales o confirmatorias*, el acreedor siempre puede exigir el cumplimiento de la obligación en especie, o por equivalente si el cumplimiento en especie no es posible por hecho imputable al deudor en cuyo caso tendrá derecho a un resarcimiento integral, esto es, a la totalidad de los daños y perjuicios que le produzca la inejecución en especie de la obligación (*supra*, Nº II,10,b). Sólo si el acreedor no prefiere exigir el cumplimiento, tiene derecho a retener las arras entregadas o a exigir su restitución doblada en cuyo caso, como dijimos, no tiene que demostrar ni la existencia ni la cuantía del daño. Por consiguiente, en caso de incumplimiento intencional o doloso por parte del deudor, el acreedor tendrá siempre el derecho a obtener por la vía del cumplimiento por equivalente, si así lo desea, un resarcimiento integral.

Ahora bien, si en el contrato principal o en el propio convenio de arras se estableció el derecho de cualquiera de los contratantes a desistir voluntariamente (*ad nutum*) del contrato perdiendo las arras entregadas o mediante su restitución doblada (dependiendo de si la parte que desiste haya dado o recibido las arras), *dichas arras tendrán entonces carácter penitencial*: el acreedor no podrá exigir el cumplimiento del contrato y tendrá que conformarse con las arras, en el supuesto de que el deudor se aparte del contrato ya que éstas representan el precio por el ejercicio de la facultad de desistir de él. Pero en este caso no habrá, en realidad, incumplimiento voluntario o doloso por parte del deudor aunque este último se desligue voluntariamente del contrato porque al hacerlo estará actuando en el ejercicio de un derecho y, por tanto, no estará incumpliendo el contrato (*supra*, Nº I,2,c). El pacto sobre arras penitenciales, como vimos, es perfectamente válido sin que quepa sostener que median-

te su estipulación o mediante la entrega de esta clase de arras se esté sancionando un *pactum dolus*.

Por las razones antes expuestas, en nuestro concepto, el hecho de que el deudor deje de cumplir voluntariamente el contrato o desista intencionalmente de él, no hace nacer un derecho en favor del acreedor, en virtud del cual éste pudiera exigir de su deudor algo más que las arras recibidas o el duplo de las entregadas. Admitir la solución contraria equivaldría, por otra parte, a desvirtuar el principio general de la inmutabilidad del pacto sobre arras sin que, por lo demás, exista un fundamento sólido que justifique esta desviación de las normas generales que gobiernan la materia.

15. Las arras y las cláusulas exonerativas o limitativas de responsabilidad

Las arras, ya lo hemos dicho, son un mecanismo de determinación y liquidación anticipada de los daños y perjuicios en caso de que el acreedor opte por la resolución del contrato.

Por los elementos que configuran el pacto sobre arras y por su eficacia como mecanismo de garantía para el pago de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato, las arras se diferencian de las cláusulas exonerativas y limitativas de la responsabilidad contractual[179]. Atendiendo a su función, las arras sustituyen a la responsabilidad contractual; en cambio, las cláusulas limitativas, manteniendo esa responsabilidad, solamente la limitan.

No obstante, presentan con estas cláusulas algunos elementos en común: tanto las arras como las cláusulas exonerativas y limitativas de la responsabilidad constituyen una desviación de los principios que rigen la responsabilidad contractual. Esta desviación es posible porque las reglas contenidas en el Código Civil sobre

179 Para un examen de la naturaleza, características, clases y efectos de estas cláusulas, véase: GARCÍA AMIGO, Manuel: *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Editorial Tecnos. Madrid, 1965.

la responsabilidad civil contractual no son de orden público; por lo cual, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden en principio exonerar, limitar o fijar anticipadamente el monto de los daños y perjuicios por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales[180].

Tanto el pacto sobre arras como las cláusulas limitativas de responsabilidad surgen de un acuerdo de voluntades anterior a la inejecución del contrato al cual se refieren. Además, ambas figuras presuponen el incumplimiento culposo por parte del deudor. Por otra parte, hay que reconocer que les es común la nota de accesoriedad con respecto a las obligaciones contractuales, en el sentido de que mientras la nulidad del contrato en el que se encuentran incorporados el pacto sobre arras y las cláusulas limitativas de responsabilidad trae consigo la nulidad de ambos tipos de cláusula; la nulidad de cualquiera de ellas no implica por sí sola la nulidad del contrato al cual se incorporan. Tampoco tiene el juez facultad para modificar las arras o las cláusulas limitativas de responsabilidad.

Por otra parte, una vez que se produzca el daño, las arras pueden igualmente producir los efectos de una cláusula limitativa de responsabilidad, lo que ocurrirá cuando la liquidación convencional de los daños y perjuicios contractuales resulte inferior a los efectivamente experimentados de manera tal que la misma aproveche al deudor incumpliente: cada vez que el daño derivado del incumplimiento sea superior a la suma representada por las arras, el convenio sobre arras produce los efectos propios de una cláusula limitativa de responsabilidad.

Sin embargo, aún en este caso subsisten algunas diferencias: en el caso de las cláusulas limitativas de responsabilidad civil contractual, el acreedor tiene la carga de demostrar el *an* y el *quantum* de los daños, pero la reparación tiene un límite máximo fijado por

180 *Cfr.* LE TOURNEAU, Philippe: *op. cit.* p. 339 ;VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *op. cit*. Tome VI. p. 447.

las partes de modo que el acreedor no puede pretender una reparación superior al monto máximo indemnizable establecido en la cláusula limitativa[181]. La suma fijada como tope en una cláusula limitativa de responsabilidad, por definición, no puede ser mayor que los daños reales causados por el incumplimiento. Por lo cual, cada vez que los daños reales sean inferiores a la cantidad fijada como máxima en dicha cláusula, el deudor puede liberarse pagando los daños reales. En cambio, cuando se dan arras para garantizar el pago de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato, la parte cumplidora que desee prevalerse de ellas, para hacerlo, no tiene que demostrar el daño (su existencia y consistencia) ni su cuantía y puede, según los casos, retener las arras recibidas o exigir su restitución doblada (*supra*, Nº II,3). Además, las arras fijan la medida del resarcimiento, independientemente de que las mismas sean superiores o inferiores a los daños reales.

Por otra parte, mientras las arras representan una garantía de la sanción por el incumplimiento de la obligación principal (*supra*, Nº II,3), las cláusulas limitativas de responsabilidad significan precisamente lo contrario: una reducción de la sanción normal por el incumplimiento. De donde resulta que las arras tienden a favorecer al acreedor que cumple el contrato. En cambio, las cláusulas limitativas de responsabilidad tienen a favorecer al deudor incumpliente. Las primeras aumentan las garantías del crédito; las segundas lo disminuyen al limitar la responsabilidad contractual.

Pero adicionalmente, cuando se regula convencionalmente la responsabilidad civil contractual mediante cláusulas limitativas de responsabilidad, la compensación debida al acreedor por los daños y perjuicios siempre es en dinero efectivo que es el equivalente mediante el cual el acreedor satisface al deudor en caso de incumplimiento. En cambio, como las arras pueden consistir en una cantidad de dinero u otras cosas fungibles, la compensación del acreedor que

181 *Cfr.* LE TOURNEAU, Philippe: *op. cit.* p. 353; MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *op. cit.* Tome II. Premier Volume. p.p. 770-771.

hace valer las arras en caso de incumplimiento no será siempre en dinero efectivo.

Conviene tener en cuenta, además, en relación con la eficacia de las arras como mecanismo de regulación convencional de la responsabilidad contractual, que la función limitativa del *quantum* del daño resarcible que cumplen las arras no opera cuando una norma de orden público no permita atenuar la responsabilidad contractual como ocurre, por ejemplo, en el supuesto previsto en el artículo 74 (numeral 1) de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, en cuyo caso el acreedor podrá exigir la reparación de la totalidad del daño efectivamente causado. Tampoco servirán las arras como mecanismo de determinación y liquidación anticipada de la responsabilidad civil contractual en los casos en los cuales a un daño, el legislador fije una determinada reparación como límite máximo.

Por supuesto, las cláusulas exonerativas o limitativas de responsabilidad contractual tampoco son eficaces en estos casos.

16. Destino de las arras en caso de ejecución del contrato

Nuestro Código Civil no regula el destino de las arras en caso de ejecución del contrato, pero la solución se desprende de los principios generales: como las arras en nuestro sistema no constituyen un suplemento de precio ni un pago a cuenta, cumplido el contrato las arras deben restituirse al dador en el estado en que se encuentren[182]. Las arras deben volver a manos de quien las ha entregado, cuando ha satisfecho la obligación que ellas garantizaban[183].

182 Desde luego, quien recibe alguna cosa como arras se obliga a prestar la diligencia propia de un buen padre de familia para la conservación de la misma (arg.: *ex* arts. 1270 y 1293 del Código Civil) y será responsable de los daños o de la pérdida, conforme a las reglas generales que gobiernan la obligación de restituir cosas. *Cfr.* POTHIER, R.J.: *op. cit.* Tome III. p. 299.

183 La solución legal es diferente en otros ordenamientos. Así, según el párrafo 337 del Código Civil alemán (B.G.B.) “las arras serán imputadas en caso de duda, a

De acuerdo con la doctrina clásica, la ejecución del contrato impide que se cumpla la condición a la cual se encontraba sujeta la adquisición de la propiedad de las arras, lo que determina que las mismas deben restituirse al dador[184]. En razón del efecto retroactivo de la condición suspensiva cumplida, el acreedor, cuando se trata de cosas individualizadas, puede reivindicarlas incluso cuando se encuentren en poder de los terceros sub-adquirentes, excepto que respecto de los bienes muebles por su naturaleza y de los títulos al portador, la posesión produce a favor de los terceros de buena fe el mismo efecto que el título (Código Civil, artículo 794).

Como ya dijimos, si lo dado en arras son cosas fungibles, el *accipiens* debe restituir al dador cosas de la misma especie, calidad y cantidad de las que éste había entregado en concepto de arras (Código Civil, artículo 1.294) (*supra*, Nº II,7). En lo concerniente al lugar donde debe hacerse la restitución, si nada se ha pactado al respecto, se aplican las reglas generales previstas en el artículo 1.295 del Código Civil, esto es, la restitución debe efectuarse en el domicilio del deudor, o sea, en el del receptor de las arras obligado a devolverlas.

---

la prestación debida por el dador o, cuando esto no pueda hacerse, devueltas al cumplirse el contrato. Si el contrato es rescindido se devolverán las arras". Por consiguiente, de acuerdo con el sistema alemán, si cumplida la prestación la cosa entregada en concepto de arras fuere de especie análoga a la prestación debida, se imputará a ésta; pero si las arras fueren de especie diferente a la prestación debida, cumplido el contrato, la cantidad (o cosas fungibles) dadas en arras deben restituirse al dador. Análogo sistema sigue el Código Civil argentino (art. 1.202) y el Código Civil peruano (art. 1.477). En Italia, de acuerdo con el *Codice* "la seña, en caso de cumplimiento, deberá ser restituida o imputada a la prestación debida" (art. 1.385). Por consiguiente, si la naturaleza de lo entregado es igual a la de la prestación debida, las arras se imputarán a dicha prestación. En cambio, si no es igual deberán restituirse al que las entregó. Análogo sistema sigue el Código Civil portugués (art. 440). La solución legal que trae el Código suizo de las Obligaciones es diferente: "si el contrato o el uso local no determinan lo contrario, dice el artículo 158 del Código suizo de las Obligaciones, las arras pertenecen a quien las recibió, sin que se imputen al precio". Por consiguiente, en el ordenamiento suizo las arras, aun en caso de cumplimiento del contrato, constituyen un suplemento del precio.

184 Al respecto, véase: BOZZI, Aldo: *op. cit.* p. 795.

Conviene tener en cuenta, sin embargo, que si en el contrato se estipula o de sus términos se deduce que fue la voluntad de las partes considerar que la cantidad o las cosas entregadas en arras se imputen al cumplimiento de la prestación debida, el contratante que las recibió deberá entonces imputar las arras sobre su crédito, si ello fuere posible. Sólo si ello no es posible como, por ejemplo, cuando la naturaleza de las arras entregadas no coincidiera con la de la prestación debida, deberá el *accipiens* devolverlas. En realidad, sería injusto que quien recibió las arras se niegue a imputarlas sobre su crédito cuando ello sea posible[185]. Por lo cual, si las arras fueren de la misma especie de la prestación debida, una vez cumplido el contrato deben imputarse al precio, sí así lo indica o hace suponer el contrato. Así, tratándose de una cantidad de dinero para garantizar el pago del precio de la cosa vendida, el comprador pagará tanto menos cuanto haya dado por concepto de arras, puesto que éstas se entienden entregadas a cuenta del precio que éste tiene que pagar, y al que se imputarán. Pero es posible que una cosa entregada en calidad de arras no pueda ser aplicada a la ejecución de una prestación determinada, porque su naturaleza no se lo permita, como es el caso de todas las prestaciones de hacer y de no hacer y determinadas prestaciones de dar, en cuyo caso el contratante que recibió las arras tiene que restituírselas a la otra parte en el momento de recibir la prestación[186].

185 Al respecto ya Savigny señalaba que "estando las arras por regla general destinadas a probar un negocio jurídico, no deben enriquecer a quien las recibe; por tanto, si el contrato se cumple, el comprador hará descontar del precio aquello que había dado como arras y el comprador recibirá de menos esa cantidad.". (SAVIGNY, Federico Carlos Von: *Le obbligazioni*. Vol. II. Traducción italiana de Giovanni Pacchioni, 1915. p. 247). En el mismo sentido, véase: MORVIDI, Leto: *op. cit.* p. 145; DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel: *op. cit.* Tomo VI. p.p. 181-182. En la doctrina italiana, Trimarchi afirma que estando en juego exclusivamente el interés del *tradens* corresponde a éste el poder de determinar la imputación de las arras sobre la prestación debida (TRIMARCHI, Michele: *op. cit.* § 3). Ese parece ser también el criterio de Galgano (GALGANO, Francesco: *op. cit.* p. 514).

186 *Cfr.* HERNÁNDEZ GIL, Félix: *op. cit.* p.p. 88-89.

Por último, como indicamos poco antes, las arras deben igualmente restituirse cuando el contrato no se cumple por causa extraña no imputable, o se disuelve por acuerdo de las partes[187].

17. Diferencias entre las arras penales y otras instituciones jurídicas

a) Arras y cláusula penal

Ciertamente la cláusula penal y las arras penales o confirmatorias tienen caracteres comunes. Ambos son mecanismos de reforzamiento del crédito que operan como una determinación y liquidación anticipada de los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento de la obligación principal, siempre y cuando el acreedor no prefiera exigir que la obligación asumida sea estrictamente cumplida.

Entre una y otra forma de garantía del crédito existen los siguientes rasgos comunes: 1) las dos constituyen una cláusula accesoria, con todas las consecuencias que de este carácter derivan; 2) las dos estipulan una indemnización fija para el caso de incumplimiento de la obligación; y 3) las dos exigen como condición de aplicación que haya inejecución o retardo imputable al deudor[188].

Pero en todo caso, existen diferencias importantes entre las arras penales o confirmatorias y la cláusula penal, tanto en lo referente a su estructura y objeto, como en cuanto a su campo de actuación y fuente de constitución.

Los principales rasgos diferenciales entre una y otra forma de garantía son los siguientes:

---

187 *Cfr.* GASCA, Cesare Luigi: *op. cit.* Vol. I. p. 927; POLACCO, Vittorio: *op. cit.* (Parte prima) p. 399; DOMINICI, Aníbal: *Comentarios al Código Civil Venezolano*. Tomo II. Tipografía Universal. Caracas, 1.904. p. 733.

188 Cabe hacer notar, sin embargo, que según un sector de la doctrina italiana, las arras no producen sus efectos en caso de retardo en el cumplimiento (*supra*, nota 126).

1) Las arras aseguran el cumplimiento de una obligación mediante la entrega real y actual de una cosa (*datio rei*) que, si no se cumple, se perderá, mientras que la cláusula penal asegura la ejecución de una obligación mediante la promesa de una prestación que, si no se cumple, habrá que realizar. Por consiguiente, la cláusula penal consiste en un deber jurídico, en una promesa de dar o entregar una cosa en caso de incumplimiento de una obligación; en cambio, las arras requieren para su perfeccionamiento la dación actual y efectiva de una cosa. En síntesis, la cláusula penal supone una promesa de entrega en caso de incumplimiento, mientras que las arras penales suponen para una de las partes una entrega efectiva y previa que se pierde en caso de incumplimiento y la promesa de una entrega del duplo para la otra parte (*supra*, Nº II,5,d).

2) Las arras tienen una eficacia bilateral y recíproca. Con su constitución se garantiza tanto el crédito del *accipiens* quien puede apropiarse de las arras en caso de incumplimiento del *tradens*; como también el crédito de este último a quien corresponde su restitución doblada en caso de inejecución del contrato imputable al *accipiens* (*supra*, Nº II,5,b). Frente a la eficacia recíproca de las arras, la obligación accesoria que impone la cláusula penal sólo garantiza la obligación de una de las partes, salvo acuerdo expreso en contrario de los contratantes.

Aunque la cláusula penal puede ser recíproca, en la mayoría de los casos se utiliza para asegurar la prestación de uno solo de los contratantes. En cambio, es de la esencia de las arras que la posibilidad de pérdida de las mismas por quien las entregó tenga su correlato en una idéntica posibilidad para quien las recibió de tener que devolverlas duplicadas.

3) La cláusula penal y las arras se diferencian, además, por su objeto. La primera consiste en una prestación accesoria de dar o de hacer que el deudor se obliga a cumplir en caso de inejecución de la obligación principal (Código Civil, artículo 1.257) y en la mayoría de los casos es de un valor superior a esta última. En cambio,

la prestación accesoria propia de las arras consiste en una suma de dinero u otras cosas fungibles que una de las partes entrega a la otra en el momento de la celebración del contrato, o con anterioridad a su celebración. Además, el objeto de las arras representa generalmente una parte proporcional del precio[189].

4) Mientras la cláusula penal funciona como liquidación anticipada de los daños y perjuicios y límite del resarcimiento, sea que el acreedor opte por la ejecución forzosa por equivalente o por la resolución del contrato; las arras penales sólo cumplen esta función en el caso de que la parte cumplidora del contrato elija la facultad de pedir la resolución del contrato, puesto que cuando esta última prefiere la ejecución coactiva, tiene derecho a obtener un resarcimiento integral a cuyo monto se imputan las arras dadas o recibidas. Como dijimos en su oportunidad, cuando median arras si la parte que cumple opta por la vía del cumplimiento, puede pretender la indemnización de todos los daños y perjuicios experimentados, independientemente de que dicha indemnización sobrepase o no el monto de las arras, ya que éstas se imputan al precio y son irrelevantes para la determinación del resarcimiento (*supra*, Nº II,10,b).

5) Las arras sólo pueden entregarse para garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento o del retardo en el cumplimiento de obligaciones de fuente contractual. En cambio, la obligación principal cuyo cumplimiento se garantiza mediante una cláusula penal puede provenir de un contrato o de cualquier otro negocio jurídico y aún de un ilícito civil o penal (*supra*, Nº II,5,e).

6) Las arras surgen siempre de un acuerdo de las partes. Frente al origen voluntario de las arras, la adición de una cláusula penal a una relación contractual puede provenir de un acuerdo de voluntades o de un mandato de la ley como, por ejemplo, en el supuesto

---

189 *Cfr*. KEMELMAJER DE CARLUCI: Aída: *op. cit.* p. 358.

previsto en los artículos 172 y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas[190] que ordena la imposición de determinadas penalidades aplicables a los contratos de obra con el sector público, en caso de demora.

7) El juez no puede reducir las arras confirmatorias o penales, lo que sí puede hacer en el caso de la cláusula penal (*supra*, Nº II,11).

b) Arras y prenda irregular

Las arras se asemejan a la prenda irregular[191] puesto que en ambos casos el deudor entrega al acreedor una cantidad de dinero u otras cosas fungibles para garantizar el cumplimiento de la obligación principal.

Además, así como el receptor de las arras se convierte en propietario de las mismas, lo que se da en prenda irregular se hace propiedad del acreedor prendario. En virtud del carácter traslaticio de ambos institutos, no rige la prohibición del pacto comisorio.

190 El Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas fue publicado en la Gaceta Oficial Nº 39.181 de fecha 19 de mayo de 2009.

191 Se entiende por *prenda irregular* la que recae sobre dinero u otras cosas fungibles no individualizadas. Según algunos autores, constituye un auténtico derecho de prenda sobre cosas corporales. Según otros, la prenda irregular cumple una función de garantía pero no origina un derecho real de garantía. Al respecto, véase: DALMARTELLO, Arturo: Voz “Pegno Irregolare” en *Novissimo Digesto Italiano*. T. XII. Torino, 1967. p.p. 798 y ss. En Venezuela no existe una regulación especial aplicable a la prenda irregular. Por lo cual, se configura como un contrato atípico. En cambio, en Italia el *Codice* de 1942 regula esta figura en los siguientes términos: “*Prenda irregular en garantía de anticipo*.- Si en garantía de uno o varios créditos, son vinculados depósitos de dinero, mercaderías o títulos que no hayan sido individualizados o por los cuales se haya conferido al banco la facultad de disponer, el banco debe restituir sólo la suma o la parte de las mercaderías o de los títulos que exceden del monto de los créditos garantizados. El excedente es determinado en relación al valor de las mercaderías o de los títulos al tiempo del vencimiento de los créditos” (artículo 1.851).

En caso de cumplimiento de la obligación principal, en uno y otro casos, procede la restitución de la cantidad de dinero recibida o de cosas de la misma especie, calidad y cantidad de las que se habían entregado.

No obstante, existen diferencias entre una y otra forma de garantía. A continuación indicamos los principales rasgos diferenciales:

1) Las arras, como se dijo, son, en esencia, un negocio resarcitorio de los daños y perjuicios derivados de la inejecución del contrato. Las partes mediante la entrega de arras, como también dijimos, han determinado y liquidado previamente dichos daños y perjuicios. Por lo cual, en caso de inejecución del contrato procede la pérdida de las arras o su restitución doblada según que el incumplimiento sea imputable al *tradens* o al *accipiens*, respectivamente. Como las arras han sido recibidas a título de una liquidación anticipada de los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento, la autoridad judicial no puede acordar a la parte cumplidora del contrato a título de resarcimiento, ni una suma mayor ni una menor (*supra*, Nº II,3).

La prenda irregular, en cambio, no opera como un mecanismo de resarcimiento del daño previamente liquidado por las partes. Por consiguiente, si el deudor no cumple la obligación garantizada, el acreedor prendario lo que tiene es el recurso a la compensación entre la deuda y la obligación de restituir la prenda, de acuerdo con las normas generales aplicables a la compensación como medio de extinción de las obligaciones; por lo cual, si ambas deudas son líquidas y exigibles opera la compensación hasta concurrencia de la deuda menor (Código Civil, artículo 1.332) quedando, por consiguiente, como deudor del saldo aquél cuyo crédito sea inferior[192].

192 *Cfr.* DALMARTELLO, Arturo: *loc. cit.;* MESSINEO, Francesco: *Manual... cit.* Tomo IV. p.p. 91-92.

Nada de esto, como se acaba de ver, ocurre con las arras en caso de inejecución del contrato.

Esto pudiera hacer pensar que las arras son un mecanismo de garantía más ventajoso que la prenda irregular. Cabe hacer notar, sin embargo, que normalmente las arras penales o confirmatorias no constituyen una garantía de la totalidad del crédito, puesto que en la generalidad de los casos se fijan en un porcentaje de la cantidad adeudada. El valor económico de las arras es menor que el de la obligación principal, de la cual son un convenio accesorio. En cambio, en la prenda irregular la suma entregada en tal concepto representa generalmente el equivalente de la prestación debida; por lo cual, el acreedor prendario tiene una garantía que le asegura la satisfacción de la totalidad de su crédito.

2) Como dijimos en su oportunidad, de acuerdo con su configuración legal las arras solamente pueden darlas las partes del contrato para cuya seguridad se pactan (arg.: *ex* art. 1.263 del Código Civil) (*supra*, Nº II,8). En cambio, nada impide que el constituyente de la prenda irregular sea un tercero, siempre y cuando sea el propietario de la cosa dada en garantía[193].

3) Cuando se entregan arras, en caso de inejecución de la obligación por parte de quien las recibe, el dador tiene derecho a su restitución doblada, sin necesidad de probar daño alguno (*supra*, Nº II,3).

En cambio cuando se constituye una prenda irregular en garantía de un crédito, si quien recibió la prenda incumple su propia obligación, no queda sin más obligado a restituir el duplo de lo recibido aunque su contraparte no pruebe daño alguno. Su responsabilidad por la inejecución del contrato se rige por las normas ge-

193 Cabe hacer notar que cuando se constituye una prenda irregular, el dinero o las cosas fungibles no individualizadas que forman su objeto pueden entregarse al acreedor o a un tercero designado por las partes. Lo mismo ocurre con las arras (*supra*, Nº II,8).

nerales que gobiernan la indemnización de los daños y perjuicios; por lo cual, el demandante tiene que alegar y probar la existencia y cuantía del perjuicio sufrido[194].

194 La doctrina afirma, por ello, que, a diferencia del carácter unilateral de la prenda, las arras exponen tanto a quien las da como a quien las recibe puesto que este último queda obligado a restituir el doble. En cambio, se dice, la prenda irregular expone solamente a quien la constituye. Al respecto, véase: BARBERO, Doménico: *op. cit.* Vol. III. p.p. 131-132. Por supuesto, esto no quiere decir que la obligación exista solamente para una de las partes. La obligación puede existir también para el que recibe la prenda, sólo que si él no cumple, tal y como se indica en el texto, la otra parte sólo tendrá a su alcance la acción ordinaria de daños y perjuicios lo que implica la necesidad de demostrar el daño sufrido ; mientras que si en vez de la prenda hubiese entregado arras, el *accipiens* habría quedado expuesto, en caso de incumplimiento, a la acción de restitución del duplo, sin necesidad de que el *tradens* demuestre daño alguno.

III

Las Arras en la Enajenación de Apartamentos bajo el régimen de la Ley de Propiedad Horizontal

1. Antecedentes

La llamada "Ley de Propiedad de Apartamientos" de 1957, que fue la primera ley especial dictada en Venezuela sobre la materia, no protegió suficientemente los intereses de los adquirentes. Dicha ley no prohibía recibir todo o parte del precio de venta del apartamento antes de la protocolización del respectivo documento de propiedad del apartamento.

En razón de que los compradores de apartamentos, que en la mayoría de los casos eran personas de medianos o reducidos recursos económicos, fueron muchas veces víctimas de fraudes por parte de promotores inmobiliarios inescrupulosos, para hacer frente a estos abusos y con el objeto de restablecer la confianza del público en ese tipo de inversiones y auspiciar el desarrollo de la industria de la construcción de viviendas, la Ley de Propiedad Horizontal de 1958 consagró una prohibición de recibir todo o parte del precio

de la enajenación de un apartamento destinado a ser vendido en propiedad horizontal antes de la protocolización del respectivo documento de enajenación del apartamento (artículo 31).

La violación de esta disposición era sancionada con la anulación del contrato de compra-venta del apartamento, a solicitud del adquirente, y con prisión de cinco a veinte meses para el enajenante que violaba tal prohibición. La misma sanción era aplicable al enajenante en el caso de recepción del pago de letra de cambio u otro documento negociable por el cual se hubiere obligado al adquirente frente al enajenante o a un tercero en razón de la enajenación, siempre y cuando dicho pago se hubiere efectuado antes del respectivo otorgamiento del documento de enajenación.

A tal efecto, el artículo 31 de la Ley de Propiedad Horizontal de 1958 estableció:

> **"El contrato por el cual se enajena a título oneroso un apartamento es anulable a solicitud del adquirente cuando se establezca para éste la obligación de pagar todo o parte del precio antes de que se otorgue el correspondiente documento registrado de enajenación. La misma sanción civil acarreará la estipulación de que el adquirente se obligue por letra de cambio u otro documento negociable antes de la protocolización del correspondiente título.**
>
> **Si el enajenante recibe todo o parte del precio antes del otorgamiento respectivo, será castigado con prisión de cinco a veinte meses, a instancia del adquirente. La misma sanción se aplicará al enajenante en caso de recepción del pago de letra de cambio u otro documento negociable por el cual se haya obligado al adquirente frente al enajenante o a un tercero en razón de la enajenación siempre que dicho pago ocurra antes del respectivo otorgamiento."**

Esta disposición establecía pues dos sanciones: una civil y una penal.

De acuerdo con el artículo 37 de la misma ley, las disposiciones anteriores – entre las cuales estaba el artículo 31 – eran aplicables independientemente de la denominación que las partes le dieran al contrato, así como también a las promesas de venta y a los arrendamientos con opción de compra.

Para no incurrir en la prohibición establecida en el artículo 31 antes transcrito se recurrió a la práctica de celebrar contratos preliminares de venta de apartamentos y recibir arras en garantía de tales contratos. En virtud de estos convenios el futuro comprador entregaba al futuro vendedor, bajo la denominación de "arras", una cierta cantidad de dinero con destino a ser imputada al precio, en el caso de que el contrato de venta se protocolizara, o con el de satisfacer daños y perjuicios al futuro vendedor, en el caso de que el contrato de venta no llegara a registrarse por culpa del comprador. En estos contratos preliminares se establecía igualmente que si el documento no llegaba a registrarse por culpa del vendedor, éste se obligaba a devolver al comprador las arras que había recibido de él.

La legalidad de estos precontratos fue objeto de discusión en la doctrina y en el medio forense. Entre otros, los eminentes juristas Roberto Goldschmidt, Luis Felipe Urbaneja y Gert Kummerow opinaron que la entrega de arras confirmatorias en función de cláusula penal no violaba la prohibición establecida en el artículo 31 de que tratamos. En cambio, otros eximios jurisconsultos como los doctores José Luis Aguilar Gorrondona y Morris Sierraalta sostuvieron la opinión contraria[195].

La jurisprudencia de nuestros tribunales, por su parte, fue vacilante: en algunos casos los jueces penales dictaron autos de

195 Los dictámenes de los doctores José Luis Aguilar Gorrondona, Roberto Goldschmidt, Gert Kummerow y Luis Felipe Urbaneja sobre la materia pueden consultarse en VEGAS ROLANDO, Nicolás: *op. cit.* p.p. 87 y ss.

detención contra los vendedores de inmuebles bajo el régimen de propiedad horizontal por haber recibido arras en garantía del cumplimiento de contratos preliminares de venta. En otros casos, nuestros tribunales penales sostuvieron que no constituía delito el hecho de que los enajenantes recibieran arras para asegurar la venta o traspaso de apartamentos en propiedad horizontal[196].

La jurisprudencia de los tribunales civiles fue igualmente oscilante y contradictoria. Unas veces nuestros tribunales sostuvieron el criterio de que la entrega de tales arras implicaba una entrega a título de pago del precio y que, por tanto, era violatoria de lo dispuesto en los artículos 31 y 37 de la Ley de Propiedad Horizontal. Otras veces, por el contrario, nuestros jueces civiles se pronunciaron en el sentido de que la promesa de venta no puede confundirse con la venta, ni las arras dadas en garantía antes de la celebración del contrato de compra-venta, con el precio; por lo cual, sostuvieron la licitud de esos pactos[197].

Como la prohibición establecida en el artículo 31 de la Ley de Propiedad Horizontal de 1958 restringió significativamente la venta de apartamentos proyectados (en plano) o en construcción, cuando se discutió la reforma de esta ley se planteó la necesidad de derogar esa disposición[198].

---

196 Al respecto, véase: Sentencia de la Corte Superior Segunda en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda del 20 de febrero de 1962; Sentencia del Juzgado Décimo Cuarto de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda de fecha 27 de octubre de 1966, publicada parcialmente en VEGAS ROLANDO, Nicolás: *La propiedad horizontal en Venezuela.* Vol. II. Ediciones Magon. Caracas, 1976, p. 118.

197 Al respecto, véase: Sentencia de la Corte Superior Tercera en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal y Estado Miranda del 14 de junio de 1966, reproducida en VEGAS ROLANDO, Nicolás: *La propiedad horizontal... cit*. Vol. II. p.p. 107-115.

198 Para un examen de los antecedentes y del proceso de formación de la Ley de Propiedad Horizontal de 1978, así como para un análisis pormenorizado de su contenido, véase: AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal de 1978*. Editorial Sucre. Caracas, 1979.

Fue así como el artículo 34 de la Ley de Propiedad Horizontal de 1978[199] consagró determinados supuestos en los cuales, por excepción, se permite recibir el precio del apartamento destinado a ser vendido en propiedad horizontal antes de la protocolización del respectivo documento de enajenación.

Además, esa disposición consagró una norma especial para las arras consagrando los supuestos en los cuales es lícita su recepción en los casos de enajenación de apartamentos destinados a ser vendidos bajo el régimen de la propiedad horizontal.

2. El convenio de arras en la vigente Ley de Propiedad Horizontal

El artículo 34 de la Ley de Propiedad Horizontal vigente dice textualmente:

> **"El contrato por el cual se enajena a título oneroso un apartamento es anulable a solicitud del adquirente cuando se establezca para éste la obligación de pagar todo o parte del precio antes de que se otorgue el correspondiente documento registrado de enajenación. La misma sanción civil acarreará la estipulación de que el adquiriente se obligue por letra de cambio u otro documento negociable antes de la protocolización del correspondiente título.**
>
> **Parágrafo Único. Sin embargo se podrá recibir todo o parte del precio o el adquiriente se podrá obligar por letras de cambio u otros documentos negociables, antes de que se otorgue el correspondiente documento**

199 La Ley de Propiedad Horizontal de 1978 fue publicada en la Gaceta Oficial Nº 2.314 Extraordinario de fecha 26 de septiembre de 1978. El artículo 34 de dicha ley fue incluido en idénticos términos en la Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal de 1983 publicada en la Gaceta Oficial Nº 3.241 Extraordinario de fecha 18 de agosto de 1983.

registrado de enajenación, y aun cuando el inmueble esté hipotecado, únicamente si se cumple cualquiera de los requisitos de los requisitos siguientes:

a) Que quien recibe todo o parte del precio en dinero o en instrumentos negociables, sea el propietario, del terreno donde el edificio se va a construir y que destine dichos fondos a financiar la construcción;

b) Que se haya otorgado el documento de condominio correspondiente o se hayan obtenido los permisos de construcción respectivos;

c) Que el propietario del inmueble, en los términos que establezca el documento, constituya garantía fiduciaria para responder de la devolución de cantidades recibidas y los daños y perjuicios que su incumplimiento pudiera ocasionar.

En caso de celebrarse el convenio de arras previsto en el artículo 1.263 del Código Civil, éstas no podrán exceder del porcentaje del precio del apartamento objeto de la negociación que fija el Reglamento, y siempre que se dé cumplimiento a lo establecido en los literales anteriores. El propietario debe fijar plazo para cumplir su obligación de transferir la propiedad de lo vendido;

d) Que quien recibe todo o parte del precio del inmueble, objeto del contrato, en dinero o en instrumentos negociables, pague al adquiriente intereses, a las tasas corrientes en el mercado inmobiliario institucional, sobre las cantidades recibidas.”

En lo que concierne específicamente al *convenio de arras* a que se refiere esta disposición, caben las siguientes consideraciones:

1) La ley le permite al enajenante de un apartamento destinado a ser vendido en propiedad horizontal recibir arras, esto es,

excluye la antijuricidad de la recepción de arras al autorizarla expresamente, siempre y cuando se cumplan los requisitos indicados en la disposición de que tratamos lo cual, por lo demás, nos parece muy conveniente puesto que de este modo se puso fin a una discusión que dividió tanto a la doctrina nacional como a la jurisprudencia de nuestros tribunales.

2) De acuerdo con el acápite del literal c) del artículo 34 antes transcrito, las arras no podrán exceder del porcentaje del precio del apartamento que fije el Reglamento. Pero como a su vez este Reglamento no ha sido dictado, se plantea de inmediato la cuestión de si pueden recibirse dichas arras mientras no se dicte el referido Reglamento por el Ejecutivo Nacional. En efecto, cabe pensar que, de recibirse las mismas, el enajenante estaría incurriendo en una prohibición legal puesto que para celebrar el convenio de arras la ley exige que las mismas no excedan del porcentaje que fije el Reglamento.

Ahora bien, cualquiera que sea la razón que se invoque para sostener que efectivamente no pueden recibirse tales arras hasta que se dicte el Reglamento de referencias, en nuestro criterio, dicha tesis debe ser rechazada porque no puede responder a la intención del legislador. Por una parte, la tesis que rechazamos llevaría al absurdo de que la simple inercia indefinida del Ejecutivo Nacional consistente en abstenerse de dictar el Reglamento del caso, impediría celebrar el convenio sobre arras a que se refieren los artículos 34 de la Ley de Propiedad Horizontal y 1.263 del Código Civil en garantía de la venta de un apartamento destinado a ser enajenado en propiedad horizontal, cuando es evidente que la misma ley parte del supuesto contrario, o sea, de que sí puede celebrarse este convenio, siempre y cuando se dé cumplimiento a los requisitos establecidos en los literales a) y b) del artículo 34 de la Ley de Propiedad Horizontal[200].

200 El Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia en sentencia de fecha 22 de marzo de 2005, al referirse

Pero adicionalmente, cuando se trata, como en el caso que nos ocupa, de un convenio que la ley considera en sí lícito, el hecho de que el legislador lo someta a un requisito que no puede cumplirse por ausencia de normas de rango sublegal que lo hacen imposible determina que, sólo una clara y terminante norma legal puede llevar al intérprete a la conclusión de que ese convenio no puede celebrarse hasta tanto se cumpla dicho requisito[201] y aún si se llegara a esta conclusión – lo que negamos –, podría plantearse el problema de si en esa forma, según los casos, no se estarían infringiendo principios, derechos o garantías constitucionales.

No puede concluirse pues que la ley condicionó (*conditio legis*) la recepción de arras en el supuesto que nos ocupa al hecho de que las mismas fuesen fijadas en el Reglamento en cuestión. En consecuencia, a nuestro modo de ver, mientras no se dicte el Reglamento a que alude el artículo 34 de la Ley de Propiedad Horizontal, es lícito celebrar este convenio y recibir las arras a que se refiere esa disposición legal, todo ello sin perjuicio del cumplimiento de los demás requisitos y del respeto de las demás prohibiciones establecidas en la ley[202].

Una vez hecha la fijación reglamentaria solamente podrán recibirse tales arras cuando además del cumplimiento de estos re-

---

al acápite del literal c) del artículo 34 de que tratamos, aunque sin fundamentar su aserto, declaró que es lícito y permisible entregar arras con ocasión de la venta de un apartamento destinado a ser vendido en propiedad horizontal antes del otorgamiento del respectivo documento de enajenación aun cuando no se haya dictado el Reglamento de la Ley de Propiedad Horizontal. (Sentencia del 22-03-2005 consultada en la página web: http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2005/marzo/513-22-50.817-229.html).

201 Tal sería el caso si el legislador hubiera utilizado la expresión "*siempre* que hubiesen mediado arras" o si la disposición legal hubiera establecido que *únicamente* podrá celebrarse el convenio de arras en los términos y condiciones que fije el Reglamento y dentro de los límites que éste indique.

202 Sabemos que un eminente jurista, quien fuera profesor de quien escribe estas páginas, con quien nos unen vínculos de amistad y por quien sentimos un gran aprecio, ha sostenido brillantemente la tesis contraria, pero por las razones expuestas en el texto no podemos compartir esa posición.

quisitos y del respeto de estas prohibiciones, dichas arras no excedan del porcentaje del precio del apartamento que establezca el Reglamento.

3) Para que puedan legalmente recibirse arras en garantía de la adquisición de un apartamento destinado a ser vendido en propiedad horizontal antes del otorgamiento del documento de enajenación correspondiente, es necesario que se cumplan los requisitos establecidos en los literales a) y b) del parágrafo único del artículo 34 antes transcrito. Estos requisitos son los siguientes:

i) Que quien reciba las arras sea el propio dueño del terreno donde se ha edificado o se va a edificar. De allí que sea lícito el convenio de arras aun cuando se refiera a apartamentos proyectados o en construcción siempre y cuando quien reciba las arras sea el propietario del terreno donde el edificio se va a construir.

ii) Que la cantidad de dinero que se reciba en concepto de arras se destine a financiar la construcción y no a otros usos. Por consiguiente, el constructor que tuviese otras fuentes de financiamiento para cubrir la totalidad de los costos de construcción no podría recibir tales arras.

iii) Que se haya otorgado el documento de condominio correspondiente o se hayan obtenido los permisos de construcción respectivos. La primera condición se refiere a apartamentos ya terminados destinados a ser vendidos en propiedad horizontal: sólo pueden recibirse arras en garantía del precio de venta antes del registro del respectivo documento de enajenación si ya se ha otorgado el documento de condominio correspondiente. En cambio, la segunda condición se aplica a los edificios proyectados o en construcción: pueden recibirse tales arras cuando se haya obtenido el permiso de construcción, aun cuando no se haya otorgado el documento de condominio.

4) A diferencia de los requisitos que debe cumplir el enajenante para recibir la totalidad o parte del precio, o para que el adquiren-

te se obligue por letras de cambio u otros documentos negociables, antes del registro del respectivo documento de enajenación; para recibir arras el enajenante no necesita constituir *garantía fiduciaria* ni obligarse a pagar intereses; pero, en cambio, debe fijar un plazo en el convenio de arras para transferir la propiedad del apartamento vendido, lo cual es obvio[203].

5) Por último, este régimen solamente se aplica a las ventas primarias de la propiedad horizontal, o sea a las ventas efectuadas por el propietario o los propietarios del terreno donde está construido el edificio o donde está proyectada la construcción[204].

3. Las arras en la venta de apartamentos arrendados

El Decreto presidencial Nº 576 del 14 de abril de 1971 aplicable a la venta de apartamentos de edificios "viejos", en su artículo 2º establece: "ni los enajenantes ni terceras personas podrán exigir la entrega de arras o cualesquiera otros valores, imputables o no al precio, como garantía del cumplimiento de la obligación que asume el futuro comprador relacionada con la enajenación de los apartamentos a que se refiere el Decreto 513 del 6 de enero de 1971. Los infractores de esta disposición serán sancionados con las penas establecidas en la Ley de Propiedad Horizontal".

Hay que tener en cuenta que esa disposición remite al Decreto Nº 513; por lo cual, la misma se aplica única y exclusivamente a la venta en propiedad horizontal de los apartamentos de un edificio que haya sido previamente destinado al arrendamiento, siempre que su correspondiente permiso de habitabilidad tenga más de cinco años de otorgado (Decreto Nº 513, artículo 1º). Por otra par-

---

203 *Cfr.* DELGADO CHAPELLÍN, Luis E.: "Interpretación del artículo 34 de la nueva Ley de Propiedad Horizontal" en *Repertorio Forense* Nº 4378 del 7 de diciembre de 1978. p. 6.

204 *Cfr.* BRICEÑO, Rafael Ángel: *De la Propiedad Horizontal*. Caracas, 1996. p.p. 256-257.

te, de acuerdo con esa misma disposición, las ventas ulteriores de apartamentos adquiridos en propiedad horizontal que realicen individualmente sus propietarios no se regirán por el referido Decreto; por consiguiente, no le será aplicable a dichas ventas ulteriores la aludida prohibición.

Bibliografía

AFONSO RODRÍGUEZ, María Elvira: *Las arras en la contratación.* J.M. Bosch Editor S.A. Barcelona, 1995.

AGUILAR GORRONDONA, José Luis: "Dictamen" en VEGAS ROLANDO, Nicolás: *Contratos preparatorios con dictámenes al respecto. Vadell Hermanos. Valencia, 1985.*

________________: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal de 1978*. Editorial Sucre. Caracas, 1979.

________________: *Derecho Civil IV. Contratos y Garantías*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2000.

ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*. Tomo II. (Derecho de obligaciones). Edisofer S.L. Madrid, 2004.

ALMEIDA COSTA, Mario: *Direito das obrigações*. Coimbra, 1994.

ALPA, Guido: *Corso di Diritto Contrattuale*. Cedam. Padova, 2006.

________________: *Manuale de Diritto Privato*. Cedam. Padova, 2008.

ANTUNES VARELA, João: *Direito das obrigações.* Vol. I. Coimbra, 1987.

AUBRY, C. y **RAU**, C.: *Cours de Droit Civil Français*. Tome V. Cinquième édition. París, 1.907.

BARASSI, Ludovico: *La teoria generale delle obbligazioni*. Vol. III. Giuffrè Editore. Milano, 1948.

BARBERO, Doménico: *Sistema del Derecho Privado*. Vol. III (Obligaciones). Traducción castellana de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1.967.

BAUDRY-LACANTINERIE, G y **SAIGNAT**, Léo: "De la vente et de l'échange" en *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*. Tome XVII. París, Recueil. 1.900.

BAVETTA, Giuseppe: *La caparra*. Giuffrè Editore. Milano, 1963.

BERNAD MAINAR, Rafael: *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo II. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 2006.

BIANCA, C.M.: "Il Contratto" en *Diritto Civile*. Vol. III. Giuffrè. Milano, 2000.

BORDA, Guillermo A.: *Tratado de Derecho Civil*. *Contratos*. Vol. I. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1.997.

BORSARI, Luigi: *Commentario del Codice Civile*. Vol. III. Parte II. Torino, 1877.

BOZZI, Aldo: Voz "Caparra" en *Nuovo Digesto Italiano*. T. II. U.T.E.T. Torino, 1937.

BRANCA, Giuseppe: *Instituciones de Derecho Privado*. Traducción castellana. Editorial Porrúa. México, 1978.

BRICEÑO, Rafael Ángel: *De la Propiedad Horizontal*. Caracas, 1996.

BRUGI, Biagio: “Effetti della caparra confirmatoria” en *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obligazioni*. 1921, II.

BURGOS VILLASMIL, José Ramón: *El Derecho de Retención en el Código Civil Venezolano*. Caracas, 1.966.

BUTERA, Antonio: “La caparra come limite al risarcimento del danno” en *Giurisprudenza Italiana*. 1926, I.

_______________: “Caparra e danno” en Nota a la sentencia de la Corte de Casación del Reino de fecha 17 de junio de 1927. *Il Foro Italiano*, 1927, I.

CARNELUTTI, Francesco: “Funzione della caparra nel contratto preliminare” en *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni.* 1923, II.

_______________: “Sul risarcimento del danno in caso di risoluzione del contratto bilaterale per inadempimento” en *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni,* 1923, II.

CAPITANT, Henri: Voz “Arras” en *Vocabulario Jurídico*. Traducción castellana de Aquiles Horacio Guaglianone. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1966.

CARINGELLA, Francesco y **DE MARZO**, Giuseppe: *Manuale di Diritto Civile*. Vol. II. (Le obbligazioni). Giuffrè. Editore. Milano, 2007.

CARRESI, F.: *Il Contratto*. Milano, 1987.

CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral.* Tomo IV (Derecho de Obligaciones). Madrid, 1986.

CAVACO DA SILVA: *Cumprimento e sançao pecuniaria compulsoria*. Coimbra, 1987.

COLMET DE SANTERRE: *Cours Analytique du Code Civil*. Tome V. París, 1.873.

COVIELLO Jr., Leonardo: Clausola penale e risarcimento del danno en *lI Foro Italiano*, 1933, Parte prima.

________________: "Rizoluzione per inadempimento: retroattività e risarcimento del danno" en *Rivista di Diritto Civile*, 1935, I.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *La mora del deudor en los contratos bilaterales*. Editorial Civitas. Madrid, 1984.

DALMARTELLO, Arturo: Voz "Pegno Irregolare" en *Novissimo Digesto Italiano*. T. XII. U.T.E.T. Torino, 1967.

D'AVANZO, Walter: Voz "Caparra" en *Novissimo Digesto Italiano*. T. II. U.T.E.T. Torino, 1957.

DÁVILA GONZÁLEZ, Javier: *La obligación con cláusula penal*. Editorial Montecorvo, S.A. Madrid, 1992.

DE CUPIS, Adriano: *El Daño* (Teoría general de la responsabilidad civil). Traducción castellana de Ángel Martínez Sarrión. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1975.

DELGADO CHAPELLÍN, Luis E.: "Interpretación del artículo 34 de la nueva Ley de Propiedad Horizontal" en *Repertorio Forense* Nº 4378 del 7 de diciembre de 1978.

DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel: *El contrato en general*. Tomo VI. Pontificia Universidad del Perú. Fondo Editorial. Lima, 1999.

DEMOLOMBE, C.: "Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général". (Tome III) en *Cours de Code Napoleon*. Vol. XXVI. París, 1880.

DEMOGUE, R. *Traité des obligations en général* Tome VI (Effets des obligations). Rousseau, libraire éditeur. París, 1932.

DE NOVA, Giorgio: Voz “Caparra” en *Digesto delle discipline privatistiche (Sezzione civile*). T. II. Torino, 1988.

_______________: *Trattato di Diritto Privato*. Vol. III. Torino 1988.

DE PAGE, Henri: *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. Tome III. (Les Obligations - Seconde Partie) y Tome V. (Les Principaux Contrats Usuels - Deuxième Partie). Bruylant. Bruxelles, 1.948/1952.

DE RUGGIERO, Roberto: *Instituciones de Derecho Civil.* Tomo II (Vol. I). Traducción castellana de Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Instituto Editorial Reus. Madrid, *s.d.*

DÍAZ-ALABART, Silvia: “Las arras” (I) en *Revista de Derecho Privado*. Enero, 1996. Madrid.

_______________: “Las arras” (II) en *Revista de Derecho Privado*. Febrero, 1996. Madrid.

DIEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. I. Editorial Tecnos. Madrid, 1972.

DIGESTO DELLE DISCIPLINE PRIVATISTICHE. (Sezione civile). Publicación de la Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1988.

DISTASO, N.: *I Contratti in Generale*. Torino, 1980.

DOMINICI, Aníbal: *Comentarios al Código Civil Venezolano*. Tomo II. Tipografía Universal. Caracas, 1.904.

EL CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA. (arts. 1.250-1.268 y arts. 1.269-1.278). Publicación del Instituto de Derecho Privado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1988.

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO. Publicación de Giuffrè Editore, Milán, bajo la dirección inicial de Francesco Calasso. Consultada en versión electrónica.

ENCICLOPEDIA GIURIDICA ITALIANA. Publicación de la Società Editrice Libraria, bajo la dirección de Pasquale Stanislao Mancini, Milano, 1903.

ENNECCERUS, Ludwig y **LEHMANN Henrich**: "Derecho de obligaciones" (Primera parte. Doctrina General) en ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martín: *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II. Vol. I. Traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1.954.

ESPÍN CANOVAS, Diego: *Manual de Derecho Civil Español*. Vol. III (Obligaciones y Contratos). Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, 1983.

ESTIVAL ALONSO, Luis: *El contrato de arras*. Madrid, 2006.

FERRARA, G.: "Appunti sulla caparra" en *Diritto e Giurisprudenza.* 1957, I.

FOLIGNO, Darío: Voz "Arra poenitentialis" en *Nuovo Digesto Italiano*. T. I. U.T.E.T. Torino, 1937.

GABBA, Pietro: *Della caparra*. Milano, 1927.

GALGANO, Francesco: *Il contrato*. Cedam. Padova, 2007.

GALLI, Bindo: "Caparra e risarcimento del danno" en *Giurisprudenza Italiana*. Torino, 1926, IV.

GARCÍA AMIGO, Manuel: *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Editorial Tecnos. Madrid, 1965.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: "Del Contrato de la Compraventa" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart). Tomo XIX. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1.991.

GASCA, Cesare Luigi: *Tratatto della Compra-Vendita Civile e Commerciale*. Vol. I. U.T.E.T. Torino, 1.915.

GAUDEMET, Eugene: *Teoría General de las Obligaciones*. Traducción española de Pablo Macedo. Editorial Porrúa. México, 1974.

GIORGI, Jorge: *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Traducción al castellano por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Reus. Madrid, 1929. Vol. IV.

GORRÍN, Guillermo: "Desnaturalización de la cláusula resolutoria expresa" en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Asociación Venezolana de Derecho Privado. Serie Eventos. Nº 23. Caracas, 2007.

GRECO, Paolo y **COTTINO**, Gastone: "Della Vendita" en *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja, Antonio e Branca, Giuseppe. Bologna-Roma, 1.964.

HERNÁNDEZ GIL, Félix: "Las arras en el derecho de la contratación" en *Acta Salamanticensia. Derecho*. Tomo III. Nº 2. Salamanca, 1958.

HUET, Jérôme: "Les principaux contrats spéciaux" en *Traité de Droit Civil* sous la direction de Jacques Ghestin. L.G.D.J. París, 2001.

IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*. Ediciones Ariel. Barcelona, 1972.

JOSSERAND, Louis: *Derecho Civil*. Tomo II. Vol. II (Contratos). Traducción castellana de Santiago Cunchillos y Manterola. Bosch y Cia Editores. Buenos Aires, 1.951.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *La cláusula penal*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981.

KUMMEROW, Gert: "Anotaciones sobre la estructura y el mecanismo de la cláusula resolutoria expresa" en *Studia Iuridica* Nº 2. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1958.

________________: *La función resarcitoria de las arras*. Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal. Fundación Rojas Astudillo. Caracas, 1961.

________________: "Esquema del daño contractual resarcible según el sistema normativo venezolano" en *Indemnización de daños y perjuicios*. (Autores venezolanos). Ediciones Fabreton. Caracas, 1998.

LE TOURNEAU, Philippe: *Droit de la responsabilité et des contrats.* Dalloz. París, 2006.

LOMBARDI, Mario: *Gli effetti giuridici della caparra*. Torino, 1928.

LÓPEZ HERRERA, Francisco: *Derecho de Familia*. Tomo I. Banco Exterior. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2006.

LUPINI BIANCHI, Luciano: "El contrato preliminar de compraventa, su autonomía, función y ejecución forzosa" en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Asociación Venezolana de Derecho Privado. Serie Eventos. Nº 23. Caracas, 2007.

MADURO LUYANDO, Eloy y **PITTIER SUCRE**, Emilio: *Curso de obligaciones. Derecho Civil III.* Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1999.

MALAURIE, Philippe; **AYNÈS**, Laurent y **GAUTIER**, Pierre-Yves: "Les Contrats Spéciaux" en *Cours de Droit Civil*. Éditions Cujas. París, 2005.

MALAURIE, Philippe, **AYNÈS**, Laurent y **STOFFEL-MUNCK**, Philippe: *Les Obligations*. Defrénois. París, 2005.

MARINI, A.: "Caparra confirmatoria e reductio ad aequitatem" en *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generalle dell obbligazioni*, 1978, II.

MAZEAUD, Denis: *La notion de clause penal*. L.G.D.J. París, 1992.

MAZEAUD, H., L. y J.: *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Tercera. Vol. III. Versión castellana. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1.962.

MAZEAUD, H.L. y J. y **CHABAS**, François: *Leçons de Droit Civil*. Tome II. Premier Volume. (Obligations. Théorie Générale). Montchrestien. París, 1998.

MAZEAUD H., L. y **TUNC**, A.: *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Tomo III. Vol. I. Traducción castellana de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa y América, 1977.

MÉLICH-ORSINI, José: "La reparación de los daños por el juez" en *Estudios de Derecho Civil.* Vol. II. Ediciones Fabreton. Caracas, 1974.

________________: "La mora del deudor en el Derecho venezolano" en *Estudios de Derecho Civil*. Editorial Jurídica Alva. Caracas, 1986.

________________: *La resolución del contrato por incumplimiento*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. Nº 59. Caracas, 2003.

________________: *Doctrina General del Contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. Nº 61. Caracas, 2006.

MESSINEO, Francesco: *Doctrina General del Contrato*. Tomo II. Traducción castellana de R.O. Fontanarosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra. Ediciones Ejea. Buenos Aires, 1952.

________________: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo IV. Traducción castellana de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1.971.

MICCIO, Renato: *I diritti di credito. Il contratto.* U.T.E.T. Torino, 1977.

MIRABELLI, Giuseppe: "Delle obbligazioni – Dei contratti in generale" en *Commentari del Codice Civile*. U.T.E.T. Torino, 1980.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Garantías Mercantiles*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2007.

MORVIDI, Leto: "A proposito della caparra" en *Studi Giuridici in Onore di Mario Bertacioli*. Istituto delle Edizione Academiche. Udine, 1936.

NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO. Publicación de la Unione Tipografico – Editrice Torinese, bajo la dirección de Antonio Azara y Ernesto Eula. Turín, 1957.

NUOVO DIGESTO ITALIANO: Publicación de la Unione Tipografico – Editrice Torinese, bajo la dirección de Mariano D'Amelio con la colaboración de Antonio Azara. Turín, 1937/1940.

PACIFICI-MAZZONI, Emidio: *Istituzioni di Diritto Italiano*. Vol. V. Firenze, 1873.

PEIRANO FACIO, Jorge: *La cláusula penal*. Editorial Temis. Bogotá, 1982.

PINTO MONTEIRO, Antonio: *Clausula penal e indemnização*. Coimbra, 1990.

PLANIOL, Marcelo y **RIPERT**, Jorge: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés.* Tomo X. Traducción castellana de Mario Díaz Cruz. Cultural S.A. Habana, 1.946.

POLACCO, Vittorio: *Le Obbligazioni nel Diritto Civile Italiano*. (Parte prima). Fratelli Drucker. Padova, 1898.

POTHIER, R.J.: Traités du Contrat de Vente et des Retraits. Tome III dans les *Oeuvres* de Pothier publiée par M. Siffrein. Paris, 1.821.

RICCI, Francisco: *Derecho Civil Teórico y Práctico*. Tomo XV. Traducción Castellana. Editorial Antalbe. Barcelona, *s.d*.

RODRÍGUEZ FERRARA, Mauricio: *El contrato de opción*. Editorial Livrosca. Caracas, 1998.

RODRÍGUEZ FONNEGRA, Jaime: *Del contrato de la compraventa y materias aledañas*. Ediciones Lerner. Bogotá, 1960.

ROSSI, Gaetano: "*Pactum ne dolus praestetur* e clausola penale" en *Studi in Onore di Mariano D'Amelio*. Vol III. Società Editrice del Foro Italiano. Roma, 1933.

RUBINO, Doménico: *La Compravendita*. Giuffrè Editore. Milano, 1.971.

SALVAT, Raymundo: *Tratado de Derecho Civil argentino* (Fuentes de las Obligaciones). Vol. I. Buenos Aires, 1950.

SANCHO REBULLIDO, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil*. Vol. II (Derecho de Obligaciones). Ediciones Dykinson. Madrid, 2003.

SANOJO, Luis: *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*. Tomo II. Imprenta Nacional. Caracas, 1.873. p. 105.

SARFATTI, Mario: Voz "Caparra" en *Enciclopedia Giuridica Italiana*. Vol. III. Parte I. Società Editrice Libraria. Milano, 1903.

SAVATIER, René: *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*. Tome II. París, 1951.

SAVIGNY, Federico Carlos Von: *Le obbligazioni*. Vol. II. Traducción italiana de Giovanni Pacchioni, 1915.

SCAEVOLA, Quintus Mucius: *Código Civil concordado y comentado.* Tomo XX. Madrid 1958.

SCOGNAMIGLIO, Renato: *Teoría general del contrato*. Traducción castellana de Fernando Hinestrosa. Publicaciones del Externado de Colombia. Bogotá, 1961.

STARCK, Boris: *Droit Civil* (Obligations). París, 1972.

STOLFI, Giuseppe: *Diritto Civile*. Vol. III. Torino, 1919.

TARTUFARI, Luis: "De la Venta y Del Reporto". Vol. I. en Bolaffio, Rocco y Vivante: *Derecho Comercial*. Tomo 4º. Traducción castellana de Delia Viterbo de Frieder y Santiago Sentís Melendo. Ediar Editores. Buenos Aires, 1.948.

TERRÉ, François, **SIMLER,** Philippe y **LEQUETTE**, Yves: *Droit Civil. Les Obligations.* Dalloz. París, 2005.

TRABUCCHI, Alberto: *Istituzioni di Diritto Civile.* Edizioni Cedam. Padova, 2005.

TRIMARCHI, Michele: Voz "Caparra" (Diritto Civile) en *Enciclopedia del Diritto* Vol. VI. Arese. Giuffrè. Milano, 1960. Consultada en versión electrónica (DVD).

TRIMARCHI, Pietro: *Istituzioni di Diritto Privato*. Giuffrè Editore. Milano, 2007.

TROPLONG, M.: *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, depuis et compris le titre de la vente. De la vente, ou commentaire du titre VI du livre III du Code Napoleon".* Tome I. Charles Hingray, libraire éditeur. Cinquième édition. Paris, 1.856.

VEGAS ROLANDO, Nicolás: *La propiedad horizontal en Venezuela.* Vol. II. Ediciones Magon. Caracas, 1976.

________________: *Contratos preparatorios con dictámenes al respecto*. Vadell Hermanos. Valencia, 1985.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: *Los elementos definitorios de las arras en el Derecho patrimonial.* Madrid, 2005.

VINEY, Geneviève y **JOURDAIN**, Patrice: "La responsabilité: conditions" en Ghestin, Jacques: *Traité de Droit Civil*. (Les Obligations). Vol. V. L.G.D.J. París, 2006.

________________: "Les effets de la responsabilité" en Ghestin, Jacques: *Traité de Droit Civil*. (Les Obligations). Vol. VI. L.G.D.J. París, 2001.

WAYAR, Ernesto: *Compraventa y permuta.* Editorial Astrea. Buenos Aires, 1984.

ZOPPINI, Andrea: *La pena contrattuale.* Giuffré Editore. Milano, 1991.

JURISPRUDENCIA

- Gaceta Forense.
- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Oscar Pierre Tapia.
- Jurisprudencia de los Tribunales de la República de Ramírez & Garay.
- Jurisprudencia de los Tribunales de la República publicada por el Instituto de Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia.

Contestación del Académico

Doctor ENRIQUE LAGRANGE

Señores Presidente y demás miembros de la
Academia de Ciencias Políticas y Sociales
y de otras Academias Nacionales presentes en este acto.

Honorables miembros de la familia Urdaneta Fontiveros.

Señoras. Señores.

Mis apreciados compañeros de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales han tenido a bien deferirme el honor de dar contestación al discurso de incorporación como Individuo de Número de la misma a Enrique Urdaneta Fontiveros. Agradezco tal honor, no sólo por lo que en sí mismo significa, sino por tratarse de un amigo mío, cuyas apreciables dotes intelectuales y morales conozco bien. Paso, pues, a cumplir la honrosa tarea.

Enrique Urdaneta Fontiveros nació en Caracas en 1953, vástago de muy distinguidas familias trujillanas, tanto por la rama paterna como por la materna. Es hijo, en efecto, del abogado doctor Enrique Urdaneta Carrillo y de la señora Rosario Fontiveros de Urdaneta, uno y otro trujillanos, ya fallecidos. Como lo indica el segundo apellido de su padre, está emparentado con el doctor Tomás Enrique Carrillo Batalla, muy distinguido y apreciado Individuo de Número de nuestra Academia.

Urdaneta Fontiveros, a diferencia de sus progenitores, nació en Caracas, lo que dio motivo a que el también fallecido y muy

apreciado amigo, el doctor José Antonio Giacopini Zárraga, le dijo una vez: "tú y yo nacimos en Caracas, pero de padre y madre trujillanos, es decir, por el *ius soli* somos caraqueños; y por el *ius sanguinis*, trujillanos. Somos pues de los peores, puesto que tenemos las mañas de los caraqueños y las mañas de los trujillanos". A esta afirmación que traduce afecto y buen humor, me permito también añadir que ostenta las virtudes de unos y otros.

Entre los ancestros de Urdaneta Fontiveros figura Martín de Urdaneta Barremechea y del Campo, capitán, natural de Ezcaray, quien pasó a Venezuela en 1645 y fundó familia en Maracaibo alrededor de setenta años antes de crearse la célebre Compañía Guipuzcoana.

Su tatarabuelo, Juan Nepomuceno Urdaneta y Montiel, coronel, prócer de la independencia, fue quien fundó la familia en Trujillo. Contribuyó a la victoria de Carabobo como oficial del batallón "Brillante", comandado por el general Cruz Carrillo, dirigido a contener la retaguardia del ejército realista en el camino de Nirgua, mientras Simón Bolívar consumaba la memorable jornada de 1821. Desde el 29 de diciembre hasta el 9 de enero de 1822 en la Vela de Coro sostuvo una heroica defensa contra las fuerzas realistas combinadas del General Miguel de la Torre y del coronel Carrera y Molina. En el fragor del combate una bala de cañón privó de la pierna derecha a Urdaneta, quien a duras penas pudo salvar la vida. Fue luego gobernador de la Provincia de Trujillo de 1853 a 1854 y entre 1856 y 1857. Al final de su vida, en 1867, obtuvo del general Juan Crisóstomo Falcón cédula de inválido con el rango de Coronel y se le despachó además el título de Ilustre Prócer de la Independencia. Sus restos se conservan en el altar de la Capilla de San Pedro de la Iglesia Catedral de Trujillo con una sencilla lápida que tiene escrito "Juan N. Urdaneta, Prócer de la Independencia".

Su bisabuelo, Ezequiel Urdaneta Morantes, representante por el Estado Trujillo al Congreso Nacional y quien como Presidente de la Cámara de Diputados firmó la Ley que decretó la abolición

de la esclavitud en Venezuela, el 23 de marzo de 1854. Desciende además de Juan Bautista Carrillo Guerra, gran civilizador del Estado Trujillo, del cual fue Presidente del Consejo de Gobierno, y de quien, como expresó Amílcar Fonseca, durante los últimos cincuenta años de su vida "no hubo obra de progreso en aquel Estado que no lo tuviera a él como propagandista o fundador". El recipiendario, junto con Vicente Carrillo Batalla, formó parte de la Comisión presidida por el doctor José Antonio Giacopini Zárraga en el acto de exhumación de los restos de Don Juan Bautista que se encontraban en la Catedral de Trujillo al lado del Altar Mayor, para ser trasladados al Panteón Nacional.

Sus abuelos fueron el doctor Enrique Urdaneta Maya y la señora Guadalupe Carrillo Márquez; el abuelo, entre otros merecimientos, fue miembro de la Corte Federal y de Casación y designado Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, de cuyo sillón N° 18 fue titular después de su incorporación a ella el 21 de enero de 1921; fue prologuista de los muy conocidos Comentarios al Código de Procedimiento Civil del doctor Arminio Borjas.

Su padre fue abogado y doctor en Ciencias Políticas, político y diplomático. Urdaneta Carrillo siguió estudios de Economía en la Escuela de Economía de Londres y Estudios Superiores de Derecho en la Regia Universidad para Extranjeros de Perugia, Italia. Fue Senador y Diputado del Congreso Nacional; Consultor Jurídico y Secretario de la Presidencia de la República y Agregado Comercial y Consejero durante muchos años en la Legación de Venezuela en Suiza, Austria y Yugoslavia.

Enrique Urdaneta Fontiveros vivió con su familia en Suiza e Inglaterra hasta el año 1962; cursó sus primeros estudios en el "Chalet Flora", en Gstaad, Suiza, y en "Lympne Place Preparatory School", en Kent, Inglaterra, donde aprendió los idiomas francés, inglés e italiano. Como parte de sus primeros estudios siguió cursos de latín, literatura inglesa, historia universal e historia de Inglaterra.

Durante los años 1962 a 1968 cursó estudios en el Colegio San Ignacio de Loyola, de Caracas, y desde 1968 en el Liceo San José de Los Teques, regentado por los Padres Salesianos. Allí obtuvo el título de bachiller en 1970. En el Liceo San José conoció al entonces Padre Ignacio Velasco, Director del Colegio, cuya amistad cultivó hasta la fecha del fallecimiento del sacerdote. Como testimonio de su amistad, Monseñor Ignacio Cardenal Velasco bautizó en el Palacio Arzobispal a sus menores hijos José Antonio y Elda Alejandra. El 6 de abril de 1989 contrajo matrimonio con Elda Fernanda Cordido-Freytes Arismendi. De este matrimonio han nacido tres hijos: Enrique José, José Antonio y Elda Alejandra.

Enrique Urdaneta Fontiveros obtuvo su grado de abogado en la Universidad Católica Andrés Bello en 1975, con la mención "Summa Cum Laude". Posteriormente obtuvo el Master en Jurisprudencia Comparada en la Universidad de Nueva York en 1976; y en 1977 el Master en Leyes en la Universidad de Harvard.

Urdaneta Fontiveros ha sido Consultor Jurídico de la Comisión Nacional de Valores entre 1978 y 1981 y Director Principal de ese Organismo; fue designado Presidente de la Comisión Nacional de Valores por el Presidente de la República en 1985, cargo que ejerció hasta 1989. Fue Presidente del Instituto Interamericano de Mercados de Capital, organismo fundado por acuerdo entre el Gobierno de Venezuela y la Organización de Estados Americanos, entre mayo de 1985 y mayo de 1989. Representó a Venezuela en las reuniones de las Juntas de Gobernadores del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional habidas en Washington en 1986, como Gobernador Alterno. Ha sido Presidente de la Asociación Interamericana de Comisiones de Valores y Miembro por elección del Comité Ejecutivo de la Organización Internacional de Comisiones de Valores y Organismos Similares entre los años 1986 y 1987. Participó como Consultor en Misiones de Asistencia Técnica sobre aspectos institucionales y legales de los mercados de capitales en las Repúblicas de Guatemala, Bolivia y Santo

Domingo, en 1980, 1981 y 1984, respectivamente. Fue asesor del Banco Central de Venezuela de 1989 a 1990; asesor de empresas financieras, industriales y mineras, nacionales y extranjeras desde 1989; y desde 1977 ha ejercido su profesión de abogado.

En el ejercicio docente es actualmente Profesor Asociado y Jefe de la Cátedra de Derecho Civil III (Obligaciones) en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Se desempeña como profesor de esa cátedra desde el año 2000. Ha sido profesor de Instituciones de Derecho Privado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila entre los años 2000 a 2001; profesor de Derecho Civil V (Familia y Sucesiones) en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello de 1980 a 1990; profesor de Mercado de Capitales en los cursos de post-grado de Derecho de la misma Universidad, de 1985 a 1987; profesor de Derecho Civil I (Personas), en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, de 1983 a 1984; profesor del Seminario Inflación y Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, de 1980 a 1981. Su labor docente es pues muy vasta.

Es autor de los siguientes libros: ***Papeles Comerciales (Estudio Técnico-Jurídico)***, Caracas, 1991; ***Problemas de Orden Jurídico que Suscita la Publicación Técnica sobre Reestructuración del Patrimonio Ajustado por los Efectos de la Inflación***, Caracas, 2000; ***Estudios de Derecho Inmobiliario Registral***. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2003 y 2006; ***La Venta de la Cosa Ajena***, Caracas, 2005; ***El Retracto Convencional y el Retracto Legal***, Caracas, 2006; ***Saneamiento y Evicción***, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2006; ***Vicios Redhibitorios y Saneamiento***, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008; y ***El error, el dolo y la violencia en la formación de los contratos***, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, libro este último que tuve el honor de prologar.

Urdaneta Fontiveros es, además, autor de diversos artículos publicados en revistas jurídicas, en obras colectivas y en libros homenaje.

En el año 2010 fue electo Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, a la cual se incorpora hoy.

Debo anotar que los trabajos jurídicos de los cuales es autor Urdaneta Fontiveros se caracterizan por ser el resultado de investigaciones doctrinarias hechas con sumo cuidado; con una concienzuda consulta de obras jurídicas de bien reputados autores, y escritos en un castellano puro y sencillo, que va directamente al núcleo de las cuestiones que suscita, sin adornos superfluos ni artificiales circunloquios. Su prosa me recuerda la de excelentes autores franceses que saben expresarse en lacónicas y sobrias oraciones, completas y elegantes.

Como trabajo de incorporación a esta Academia, Urdaneta Fontiveros ha elegido un tema por demás conocido y tratado en Derecho Civil: el de "Las arras en la contratación", entendiendo por tales las sumas de dinero u otras cosas fungibles que una de las partes contratantes da a la otra o a un tercero en señal del contrato que se celebra o bien para regular sus efectos en caso de incumplimiento, o con el objeto de conceder a una de las partes o a ambas la facultad de desistir lícitamente del contrato.

En doctrina se distingue entre las arras de formalización o puramente confirmatorias, que son las que se dan como prueba simbólica, signo ostensible o señal de la conclusión del contrato, por lo cual cada una de las partes conserva el derecho de pedir la ejecución forzosa del contrato o su resolución; y en uno, o en otro caso, el demandante tiene derecho a obtener el pleno resarcimiento de los daños y perjuicios conforme al convenio, sin que su contraparte pretenda limitar su responsabilidad al monto de las arras. Personalmente adhiero a la opinión de que las arras puramente confirmatorias no existen, sino que las llamadas tales no

son más que pagos parciales adelantados, es decir, constituyen un comienzo de ejecución del contrato.

Las arras penales o confirmatorias son las que se dan como liquidación anticipada de los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento del contrato. Ellas constituyen, en verdad, un mecanismo de reforzamiento del cumplimiento de la obligación, puesto que el deudor sabe que si no cumple perderá las arras, si su contraparte no prefiere exigirle la prestación debida. Las arras penales o confirmatorias se conceden a la parte no culpable en caso de incumplimiento imputable a la otra parte, caso en el cual la primera tendrá derecho a retener las arras recibidas o exigir el doble de las entregadas, si no prefiere exigir el cumplimiento del contrato, caso en el cual tendrá derecho a una indemnización por todos los daños y perjuicios que haya sufrido. Son las que regulan los artículos 1.263 y 1.276 del Código Civil, seguidor, para esta figura, del Código Civil italiano de 1.865.

En tercer término existen las arras penitenciales o de retractación, que constituyen un modo lícito de desistir del contrato mediante la pérdida de ellas por quien las entregó o su restitución doblada por quien las recibió, de allí su denominación de penitenciales, de desistimiento, o de retractación. Son, pues, una contraprestación del derecho de ejercitar la separación *ad nutum*, sin que la contraparte pueda legítimamente sustraerse a dicha separación.

Aunque el Código Civil venezolano no las regula, las partes contratantes pueden pactarlas conforme al principio de la autonomía de la voluntad.

Como se infiere de lo dicho, el carácter simplemente confirmatorio penal o penitencial depende de la voluntad de las partes contratantes, pero la ley presume que lo que se da en arras constituye una garantía de los daños y perjuicios en caso de contravención y dada su condición de liquidación anticipada de los

daños y perjuicios por incumplimiento, el juez no puede acordar a la parte cumplidora del contrato y a título de resarcimiento ni una suma mayor ni una menor que la estipulada en arras.

El recipiendario resume como las arras previstas en los artículos 1.263 y 1.276 son una medida contractual dirigida a reforzar el vínculo obligatorio por el temor de sufrir la pérdida de las arras o su restitución doblada; a la vez constituyen un mecanismo de liquidación anticipada de los daños resarcibles en caso de que la parte no incumplidora renuncie al cumplimiento conformándose con aquéllas.

Las arras, afirma correctamente el autor, constituyen una dación de cosa, en el sentido de que la entrega de éstas produce la transferencia de su propiedad con las consecuencias que se derivan de ese negocio traslativo, el cual es, además, según el autor, un contrato unilateral, a título oneroso, accesorio y de carácter real. Este último en el sentido de que si no se ha producido la entrega de las cosas pactadas no hay arras.

Puntualiza el autor que las arras solamente pueden referirse a un contrato bilateral, es decir, el que comporta relaciones recíprocas y en las cuales cada uno de los contratantes es a la vez deudor y acreedor del otro al mismo tiempo.

Generalmente consisten en la entrega de una cantidad de dinero, pero nada impide que se trate de otros objetos fungibles, lo cual es consecuencia de la relación *in natura* propia de las arras penales. Las arras sólo pueden ser dadas por las partes del contrato para cuya seguridad se pactan y dada su configuración legal no pueden ser dadas por un tercero ajeno al contrato principal. Debe haber, por tanto, identidad entre el dador de las arras y la parte sujeto del contrato al cual las arras se refieren.

Nada se opone, sin embargo, a convenir que las mismas se depositen en manos de un tercero custodio, ni a que sean dadas con

posterioridad a la celebración del contrato, siempre que la dación se efectúe antes del vencimiento de las obligaciones que deriven del mismo.

En caso de incumplimiento culposo del contrato le corresponde al acreedor escoger entre el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato, sin que el deudor incumplidor pueda determinar, a voluntad suya, que la decisión de la contraparte se dirija en uno otro sentido.

Las arras fijan el límite de los daños y perjuicios indemnizables en caso de inejecución del contrato.

La parte cumplidora y que prefiera no exigir a la otra la ejecución del contrato puede simplemente contentarse con las arras recibidas o con el doble de que las que entregó. Limitan, pues, el resarcimiento cuando la parte cumplidora no prefiere exigir la ejecución del contrato.

Las arras no son susceptibles de reducción por el juez, porque ello contradiría la regla del artículo 1.159 del Código Civil, según la cual los contratos tienen fuerza de ley entre las partes.

Finalmente, el autor concluye su trabajo al referirse a la dación de arras en la enajenación de apartamentos bajo el régimen de propiedad horizontal y a las recibidas por la venta de apartamentos arrendados.

Al poner fin a este discurso de contestación hago llegar mis felicitaciones muy cordiales a Enrique Urdaneta Fontiveros, a su esposa Elda Fernanda Cordido-Freytes Arismendi de Urdaneta y a sus hijos Enrique José, José Antonio y Elda Alejandra Urdaneta, así como a sus hermanas Guadalupe, Coromoto, Alcira, Mercedes y Rosario. Saludo igualmente a sus suegros, mis amigos, el doctor José Antonio Cordido-Freytes, muy distinguido abogado y a la señora Eva Mercedes Arismendi de Cordido-Freytes, emparentada con mi familia por nuestros parientes Legórburu.

Mediante estas palabras cumplo un grato deber, al abrir las puertas de esta Academia a Enrique Urdaneta Fontiveros, para que pase a ocupar el Sillón N° 5, cuyos titulares anteriores fueron, en orden regresivo, la doctora Tatiana de Maekelt, electa el 19 de junio de 2001, el doctor Arturo Uslar Pietri, electo el 16 de octubre de 1950, el doctor Francisco Arroyo Parejo, electo el 15 de noviembre de 1922 y el doctor Pedro M. Brito González, designado de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915.

Así concluyo. Muchas gracias, señoras y señores.

Caracas, 1° de diciembre de 2010.

ENRIQUE LAGRANGE

Índice

Pág.

Pág.

Este libro se terminó de imprimir en el mes de marzo de 2011, en los talleres gráficos de Editorial Torino. RIF.: J-30143170-7, Teléfonos: (212) 239.7654, 235.2431. En su composición se emplearon tipos de la familia Times New Roman. Para la tripa se usó papel Bond 20 g. Alkalino. De esta edición se imprimieron quinientos ejemplares.

ISBN: 978-980-12-4486-8

9 789801 244868